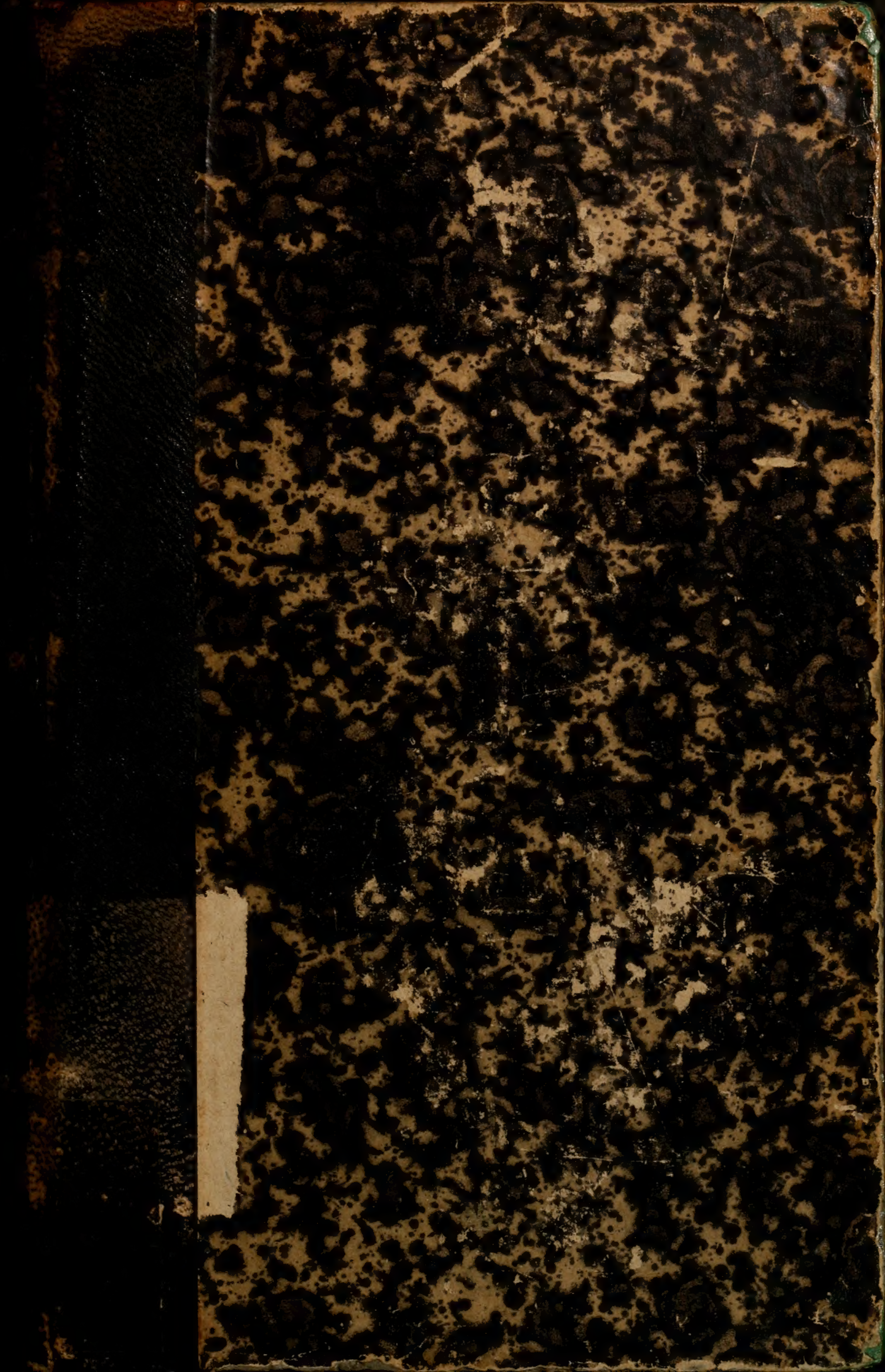



Universitas Ottavie
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis




C Beausoleil

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

Paris. — Imprimerie de J. Dumaine, rue Christine, .

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS LA MÉTHODE DE ZACHARIÆ

PAR MM.

C. AUBRY
Ancien doyen de la Faculté de droit de Strasbourg,
Officier de la Légion d'honneur.

C. RAU
Conseiller à la Cour de cassation,
Chevalier de la Légion d'honneur.

QUATRIÈME ÉDITION
REVUE ET COMPLÉTÉE.

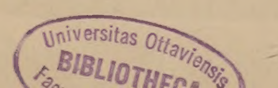
TOME QUATRIÈME





PARIS
IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL, BILLARD, ET Cie IMPRIMEURS-ÉDITEURS
LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
Place Dauphine, 27

1871



DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS

SECONDE PARTIE. — LIVRE PREMIER.

DEUXIÈME DIVISION.

DES DROITS PERSONNELS PROPREMENT DITS (JUS OBLIGATIONUM).

TITRE PREMIER.

DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL.

SOURCES. Code Napoléon, art. 1101-1314. — Les rédacteurs du Code Napoléon ont renfermé, dans un seul et même titre, les règles générales qui concernent les obligations, et celles qui sont relatives aux contrats. Ils ont, dans cette matière, pris pour guide principal et même exclusif, à quelques exceptions près, le Droit romain, qu'ils n'ont cependant pas puisé aux sources elles-mêmes, mais dans les ouvrages de Dumoulin, de Domat, et surtout dans ceux de Pothier. Ces derniers offrent, par conséquent, le meilleur commentaire de cette partie du Code. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité des obligations*, par Pothier. — *Traité des obligations*, par Commaille; Paris, 1805, in-8°. — *Traité des conventions, ou Commentaire sur les lois des 17 et 19 pluviôse an XII, formant les titres III et IV du livre III du Code Napoléon* : Paris, 1807, in-8°. — *Traité des contrats et obligations*, par Daubenton; Paris, 1813, 3 vol. in-12. — *Traité des obligations*, par Carrier; Dijon, 1819, 1 vol. in-8°. — *Traité des contrats et des obligations en général*, par Duranton; Paris, 1821, 4 vol. in-8°. M. Duranton a refondu cet ouvrage dans son *Cours de Droit civil*, auquel se réfèrent, sauf indication contraire, toutes nos citations. — *Des obligations en Droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le Droit français*, par Molitor; Paris, 1851 à 1853, 3 vol. in-8°. — *Théorie et pratique des obligations*, par Larombière; Paris, 1858, 5 vol. in-8°.

INTRODUCTION.

Notions générales.

§ 296.

A tout droit correspond une obligation [1].

Il en est ainsi, même des droits réels, qui imposent virtuellement à ceux auxquels ils n'appartiennent pas, l'obligation de ne point y porter atteinte. Cependant cette obligation générale et négative, qui correspond aux droits réels, n'est pas l'objet immédiat de ces droits, dont l'existence est indépendante de l'accomplissement de toute obligation.

Les droits personnels, au contraire, ont pour objet une prestation, c'est-à-dire l'accomplissement d'une obligation sans laquelle ils ne sauraient exister [2].

Il ne peut être ici question que des obligations qui forment l'objet de droits personnels. Toutefois, les principes concernant les obligations de cette nature s'appliquent, en règle générale, à toute espèce d'obligations [3].

Une obligation est la nécessité juridique par suite de laquelle une personne est astreinte, envers une autre, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. Cpr. art. 1101. La personne investie du droit d'exiger l'accomplissement d'une obligation, se nomme créancier ; celle qui est tenue de l'accomplir, se nomme débiteur.

[1] En Droit romain, le mot *obligatio* ne s'appliquait qu'aux obligations correspondant à des droits personnels. Dans le langage juridique français, on se sert indifféremment du mot *obligation*, que le droit correspondant soit personnel ou réel. Le terme *engagement* se prend spécialement pour désigner, parmi les obligations correspondant à des droits personnels, celles qui naissent d'un fait personnel à l'obligé. C'est improprement que l'art. 1370 applique ce terme à des obligations dérivant de la loi.

[2] Zachariæ, § 296. La théorie des droits personnels se réduit donc à l'exposé des principes concernant les obligations qui en forment l'objet. Le rapport existant entre un droit personnel et l'obligation qui y correspond, peut être comparé à celui qui unit l'effet à la cause. Un rapport inverse existe entre un droit réel et l'obligation qui y est corrélative.

[3] Zachariæ, *loc. cit.*

C'est pour cette raison que l'obligation et le droit personnel qui en est le corrélatif sont aussi appelés dette et créance[4].

CHAPITRE I.

Divisions des obligations.

§ 297.

I. *Des obligations civiles et des obligations naturelles*[1].

Les devoirs (*sensu lato*) sont des devoirs juridiques ou des devoirs de pure morale, selon qu'ils sont ou non légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure. Les devoirs de la première espèce constituent seuls des obligations dans le sens du Droit[2]

Les obligations sont civiles ou naturelles.

[4] Dans les inventaires et dans les actes de liquidation de succession. de communauté de biens, ou de société, on a l'habitude de se servir des termes *dettes actives et passives*, pour désigner les créances dépendantes de la masse et les dettes dont elle est grevée. Ces expressions sont employées par la loi elle-même en matière de faillite. Cpr. Code de commerce, art. 439 et 444.

[1] Voy. sur cette matière : *Dissertation*, par Saturnin Vidal, *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 312 et 367. *Dissertation*, par Holtius, *Revue de législation*, 1852. III, p. 5. *Dissertation*, par Cauvet, *Revue de législation*, 1853, I, p. 193. *Die Naturalobligationen des römischen Rechts*, par Schwanert; Gottingue, 1861, 1 vol. in-8°. *De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en Droit romain et en Droit français*, par Massol; 2e édit., Paris, 1862, 1 vol. in-8°.

[2] Les expressions *natura debere, naturaliter debere, debitum naturale*, dont se servent les jurisconsultes romains, avaient pour eux une signification plus étendue que les termes *obligationes naturales*. Ils comprenaient sous ces locutions même les devoirs de morale ou de piété. Ce qui est digne de remarque, c'est qu'ils n'appliquent jamais le terme *obligatio* aux devoirs de cette dernière espèce. Voy. Schwanert, *op. cit.*, § 9, note 26, et §§ 10 et 11. et les autorités y citées. Nos anciens auteurs, et particulièrement Pothier (nos 1 et 197), désignent les devoirs de morale sous le nom d'*obligations imparfaites*, pour les opposer aux obligations juridiques, civiles ou naturelles. Cette dénomination incorrecte ou équivoque, reproduite par quelques auteurs modernes (voy. Taulier, IV, p. 260; Larombière, sur l'art. 1101, n° 6), est peut-être l'une des causes de la confusion qu'on rencontre dans la théorie des obligations naturelles.

1° Des caractères par lesquels se distinguent les obligations civiles et les obligations naturelles.

On entend par obligations civiles, toutes celles qui se trouvent sanctionnées, d'une manière complète, par le Droit positif, au moyen d'une *action*, c'est-à-dire du droit accordé au créancier d'en poursuivre l'accomplissement à son profit, par les voies légales et sous la protection de l'État.

Les obligations civiles sont d'ordinaire fondées sur une cause juridique, dont l'existence et l'effet obligatoire se comprennent indépendamment de la disposition du Droit positif qui en forme la sanction ; et, quand il en est ainsi, on peut dire qu'elles sont tout à la fois naturelles et civiles.

Mais il est des obligations qui sont purement civiles, en ce sens qu'elles tirent exclusivement de la loi positive leur existence et leur efficacité. Telles sont, en général, toutes les obligations dérivant d'une présomption légale, irréfragable, qui, dans tel cas donné, se trouverait, en fait, contraire à la vérité, et en particulier celle qui résulte d'une condamnation erronée ou injuste, passée en force de chose jugée.

Les obligations simplement naturelles sont, d'une part, les devoirs qui, fondés sur une cause juridique de nature à engendrer, au profit d'une personne contre une autre, un droit à une prestation déterminée, seraient légitimement et rationnellement susceptibles de devenir l'objet d'une coercition extérieure, mais que le législateur n'a pas jugé convenable de reconnaître comme obligations civiles[3]. A cet égard, il importe de remarquer qu'en l'absence,

[3] On définit assez ordinairement les obligations naturelles, en disant que ce sont celles qui dérivent de l'équité ou de la conscience, ou bien encore celles qu'imposent la délicatesse ou l'honneur. Voy. Toullier, VI, 377 et suiv.; Duranton, X, 54 et suiv.; Marcadé, sur l'art 1235, n° 2, et sur l'art. 1338, n° 2 ; Larombière, sur l'art. 1235, n° 6 ; Aix, 22 avril 1828, Sir., 29, 2, 108 ; Grenoble, 4 juin 1860, Sir., 61, 2, 152 ; Nîmes, 5 décembre 1860, Sir., 61, 2, 1. Ces définitions, qui manquent d'ailleurs de précision, ont le défaut essentiel de ne tenir aucun compte du caractère propre des devoirs juridiques, qui supposent toujours la possibilité légitime et rationnelle de l'application d'une coercition extérieure. Si, dans certaines circonstances que nous indiquerons ultérieurement, le juge est autorisé à maintenir un engagement ou un paiement, comme ayant été déterminé par un sentiment individuel d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, ce n'est pas à dire pour cela qu'il existe en pareil cas une obli-

soit d'un fait personnel imputable à son auteur, soit d'un rapport préexistant entre deux personnes, on ne saurait admettre de cause juridique dans le sens qui vient d'être indiqué[4].

Les obligations simplement naturelles sont, d'autre part, les obligations à la fois naturelles et civiles à l'origine, auxquelles le législateur a, par des motifs d'utilité sociale, retiré le droit d'action.

2° Enumération des principales obligations naturelles.

La première catégorie d'obligations naturelles comprend notamment :

a. Les engagements contractés librement par des personnes moralement capables de s'obliger, mais qui, à raison d'une incapacité de Droit positif dont ces personnes se trouvaient frappées, sont susceptibles d'être annulés ou rescindés. Tels sont, par exemple, les engagements contractés par un mineur parvenu à l'âge de discernement par une femme mariée non autorisée, ou par un interdit dans un intervalle lucide. De pareils engagements conservent, malgré leur annulation ou leur rescision, la force d'obligations naturelles[5].

gation naturelle, c'est-à-dire un devoir dont le législateur eût pu imposer l'accomplissement à toute personne se trouvant dans la même situation. Voy. en ce sens : Civ. cass., 4 avril 1820, Sir., 20, 1, 245 ; Civ. cass., 4 août 1824. Sir., 24, 1, 371.

[4] Civ. cass., 5 mai 1835, Sir., 35, 1, 466. Orléans, 23 avril 1842, Sir., 43, 2, 383.

[5] Arg. art. 2012. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 364, n° 113). *Rapport au Tribunal*, par Jaubert (*Ibid.*, p. 460, n° 5). Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, IV. Paris, 12 mai 1859, Sir., 60, 2, 561. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1272, n° 3. — M. Colmet de Santerre va même plus loin (V, 174 *bis*, V). Suivant lui, toute obligation simplement annulable, pour n'importe quelle cause, constituerait une obligation naturelle, pourvu qu'elle fût susceptible de confirmation. La proposition ainsi généralisée nous paraît fausse. Ainsi, un engagement annulable pour cause de violence, d'erreur, ou de dol, n'existe pas même comme obligation naturelle ; et si, par un motif ou par un autre, le débiteur l'exécute en parfaite connaissance de cause, cette exécution ne saurait, par elle-même, créer ou faire présumer une obligation naturelle. D'ailleurs, la question ne présente au cas de confirmation aucun intérêt pratique, puisque l'obligation annulable, une fois qu'elle a été confirmée, est à considérer comme n'ayant jamais été entachée d'aucun vice.

b. Les engagements résultant de conventions ou de dispositions qui, réunissant toutes les conditions requises pour leur validité intrinsèque, n'ont pas été revêtus des formes extrinsèques exigées par la loi pour leur efficacité civile. Tel est notamment le devoir pour l'héritier de respecter et d'exécuter les dernières volontés de son auteur, quoiqu'elles aient été consignées dans un acte nul en la forme comme testament, ou que même elles n'aient été exprimées que verbalement [6].

c. Les engagements résultant de conventions licites et valables en elles-mêmes, mais pour la poursuite desquels le législateur, par des raisons d'utilité sociale, n'a pas cru devoir accorder d'action au créancier. Telles sont les dettes de jeu et de pari [7].

d. Le devoir des pères et mères de pourvoir à l'établissement de leurs enfants par mariage ou autrement [8].

e. Le devoir qui incombe aux proches parents, autres que ceux indiqués aux art. 205 et 207, de fournir, dans la mesure de leurs facultés, des aliments à leurs parents légitimes ou naturels qui se trouvent dans le besoin [9].

f. Le devoir de reconnaître et de rémunérer des services rendus, quand ces services sont de la nature de ceux qui se rendent communément à prix d'argent. C'est ce qui a lieu, notamment, pour les soins extraordinaires donnés par un domestique à son maître, ou

[6] Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, VI. Req. rej., 26 janvier 1826, Sir., 27, 1, 139. Nîmes, 5 décembre 1860, Sir., 61, 2, 1. Civ. rej., 19 décembre 1860, Sir., 61, 1, 370. — Cpr. L. 68, § 1, D. *ad S. C. Trebell.* (36, 1) ; L. 2, C. *de fideic.* (6, 42). L. 5, § 15, D. *de don. inter. vir. et uxor.* (24, 1). — Il y a controverse entre les commentateurs du Droit romain sur le point de savoir si le devoir dont il s'agit au texte constitue une véritable obligation naturelle ou seulement un *naturale debitum pietatis causa.* Voy. Schwanert, *op. cit.*, § 10, note 19.

[7] Arg. art. 1235, cbn. 1967. Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, VIII.

[8] Arg. art. 204, 1438 et 1439. Si le législateur n'avait pas considéré les pères et mères comme étant tenus, en vertu d'une obligation naturelle, à pourvoir à l'établissement de leurs enfants, il n'aurait pas songé à refuser à ceux-ci toute action pour poursuivre l'accomplissement de ce devoir. Cpr. § 500, texte n° 2. *Rapport au Tribunat*, par Duveyrier. (Locré, *Lég.*, XIII, p. 355, n° 31. *Discours prononcé par le tribun Siméon au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 460 et 461, n° 31). Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, X.

[9] Req. rej., 22 août 1826, Sir., 27, 1, 152. Cpr. Civ. rej., 3 août 1814, Sir., 15, 1, 10 ; Req. rej., 5 mai 1868, Sir., 68, 1, 251. Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, *loc. cit.*

apportés par un mandataire à l'exécution du mandat qu'il avait accepté gratuitement[10].

La seconde catégorie d'obligations naturelles comprend :

a. Celle à laquelle reste soumis le débiteur, après accomplissement de la prescription de l'action du créancier[11].

b. Celle qui continue de peser sur le débiteur, en faveur duquel milite une présomption légale qui le met à l'abri de poursuites de la part du créancier, et spécialement la présomption attachée à l'autorité de la chose jugée ou à la prestation d'un serment litis-décisoire, quand, en fait, elle est contraire à la vérité[12].

c. L'obligation, à laquelle reste soumis le failli concordataire, de désinteresser intégralement ses créanciers, malgré la remise qu'il a obtenue par le concordat[13].

[10] Cpr. § 659, texte *in fine* ; § 702, texte et note 2 ; Req. rej., 22 mai 1860, Sir., 60, 1, 721.

[11] La question de savoir si la prescription de l'action du créancier laisse subsister à la charge du débiteur une obligation naturelle est vivement controversée entre les commentateurs du Droit romain. Les textes qui s'y rapportent ne paraissent pouvoir se concilier qu'à l'aide de certaines distinctions à établir, d'une part, entre la prescription des anciennes actions temporaires et la prescription Théodosienne ; d'autre part, entre les effets plus ou moins étendus qui peuvent s'attacher à telle ou telle obligation naturelle. Ce qui est certain, c'est que la créance prescrite n'est pas susceptible, comme les obligations naturelles en général, d'être opposée en compensation. Cpr. Savigny, *System des römischen Rechts*, V, § 248 à 251 ; Vangerow, *Pandecten*, I, § 173 ; Schwanert, *op. cit.*, § 22. Mais quelle que soit, dans la théorie du Droit romain sur les obligations naturelles, la solution à donner à la question qui nous occupe, on ne doit pas hésiter à reconnaître que, dans l'esprit de notre Droit, la prescription de l'action du créancier laisse subsister, non pas seulement un devoir de conscience ou d'honneur, ce qui en tout cas ne saurait être contesté, mais bien une véritable obligation naturelle. Voy. les autorités citées à la note 2 du § 775.

[12] Arg. art. 1351, 1363 et 2052, cbn. 1352, al. 2. Cpr. L. 28 et L. 60, *præ.*, D. *de cond. indeb.* (12, 6) ; L. 28, § 1, D. *rat. rem. hab.* (46, 8). Les présomptions légales de la nature de celles dont il est question au texte, en s'opposant à l'exercice de l'action, enlèvent bien à l'obligation son efficacité civile, mais ne libèrent pas le débiteur du lien naturel. Pothier, n° 145. *Exposé des motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 364, n° 113). Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, IV.

[13] Arg. Code de comm., art. 604 et suiv. Duranton, X, 40. Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, VII. Bordeaux, 24 août 1849, Sir., 50, 2, 17. Cpr. Req. rej., 1er décembre 1863, Sir., 64, 1, 158.

d. Enfin, l'obligation de servir une rente féodale ou mélangée de féodalité, supprimée sans indemnité par les lois révolutionnaires[14].

Pour terminer l'indication des obligations simplement naturelles, il convient d'ajouter que l'on doit considérer comme telles, et non comme obligations civiles, les engagements que les parties ont qualifiés d'engagements d'honneur, ou qui, d'après leur intention commune, ne devaient pas donner au créancier d'action en justice[15]. Une pareille intention peut, selon les circonstances, être admise, lorsqu'il s'agit de la promesse qu'un débiteur, tombé en faillite ou en déconfiture, aurait faite à ses créanciers, dans un concordat ou contrat d'atermoiement, de les désintéresser intégralement au cas de retour à meilleure fortune[16].

3° *Des effets des obligations naturelles.*

A la différence des obligations civiles qu'on peut faire valoir par voie d'action ou d'exception, les obligations simplement naturelles n'engendrent point d'action. Cependant elles ne sont pas destituées de toute efficacité juridique. Les effets qu'elles produisent, d'après les principes du Droit français, se résument dans les propositions suivantes.

a. L'obligation naturelle fournit une exception contre la demande en répétition de ce qui a été volontairement payé en l'acquit d'une pareille obligation[17]. Art. 1235, al. 2, et 1967.

b. Une obligation naturelle peut servir de cause à un engagement civilement efficace : en d'autres termes, elle est susceptible d'être

[14] En tenant compte de l'origine historique des rentes féodales, de la constitution économique de la société et de l'état de la législation à l'époque où elles furent créées, on est forcé de reconnaître que l'obligation de les servir ne constituait pas une obligation purement civile, mais qu'elle comportait en même temps un lien naturel, qui a dû survivre à la suppression de l'obligation civile, prononcée par des motifs purement politiques. Toullier, VI, 186 et 383. Civ. cass., 3 juillet 1811, Sir., 11, 1, 321. Angers, 31 juillet 1822, Sir., 22, 2, 30. Req. rej., 19 juin 1832, Dal., 1832, 1, 250.

[15] Cpr. Limoges, 27 août 1811, Sir., 12, 2, 237 ; Paris, 24 avril 1858, Sir., 58, 2, 423.

[16] Bordeaux, 31 mai 1848, Sir., 48, 2, 604. Colmar, 31 décembre 1850, *Jurisprudence de la Cour de Colmar*, 1850, p. 178. Req. rej., 1er décembre 1863, Sir., 64, 1, 158. Req. rej., 25 février 1835, Sir., 35, 1, 225 : Bordeaux, 11 mars 1858, Sir., 58, 2, 660.

[17] Cpr. sur la *condictio in debiti* : § 442.

convertie par novation en une obligation civile [18]. C'est ainsi, par exemple, qu'une rente féodale ou mélangée de féodalité a pu être convertie en une rente foncière pure et simple [19].

Par une exception spéciale à ce principe, les dettes de jeu ou de pari ne peuvent être transformées en obligations civiles, au moyen d'engagements nouveaux contractés par les débiteurs [20].

c. Les engagements pris en vue d'acquitter une obligation naturelle, constituant bien moins des libéralités que des actes à titre onéreux, ne sont, ni pour la forme, ni pour le fond, soumis aux règles qui régissent les dispositions à titre gratuit [21].

d. Les engagements annulables ou rescindables à raison de l'incapacité purement civile du débiteur, sont susceptibles de former l'objet d'un cautionnement civilement efficace. Art. 2012, al. 2.

Les effets qui viennent d'être indiqués sont les seuls que les obligations naturelles comportent en Droit français.

Ainsi une obligation naturelle ne se transforme pas en engagement civil par un simple acte de confirmation expresse ou tacite : d'où la conséquence, que l'exécution partielle d'une pareille obligation n'autorise pas le créancier à réclamer, par voie d'action, le paiement du solde [22].

[18] L. 1, § 1, D. *de nov. et del.* (46, 2). Pothier, n° 589. Duranton, X, 337 et suiv., et XII, 293. Larombière, III, art. 1235, n° 9. Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, III, et 219 *bis*, VII. Demolombe, XXIV, 351. Bordeaux, 24 août 1849, Sir., 50, 2, 17. Req. rej., 19 juin 1832, Sir., 32, 1, 859. Paris, 24 avril 1858, Sir., 58, 2, 423.

[19] Merlin, *Quest.*, v° Rente foncière, § 22. Toullier, VI, 186. Civ. cass., 15 février 1815, Sir., 15, 1, 183. Caen, 26 avril 1817, Sir., 24, 1, 45. Chamb. réun., Cass., 26 juillet 1823, Sir., 23, 1, 378, Civ. cass., 28 janvier 1840, Sir., 40, 1, 230. Caen, 28 novembre 1840, Sir., 41, 2, 90.

[20] Cpr. § 386.

[21] Cpr. les autorités citées au § 659, note 24, et § 702, note 2.— La proposition énoncée au texte doit même être appliquée pour la perception des droits d'enregistrement. Championnière et Rigaud, III, 2221 et 2417, Civ. rej., 19 décembre 1860, Sir., 61, 1, 370.

[22] *Confirmatio nil dat novi.* Larombière, III, art. 1235, n° 9. Zachariæ, § 339, texte et note 6, Req. rej., 25 octobre 1808, Sir., 11, 1, 323. Civ. cass., 27 juillet 1818, Sir., 19, 1, 126. Angers, 31 juillet 1822, Sir., 23, 2, 30. Orléans, 23 avril 1842, Sir., 43, 2, 383. C'est pour n'avoir pas aperçu la différence qui existe entre un engagement nouveau, ayant pour cause une obligation naturelle, et la confirmation d'une pareille obligation, que Toullier (VI, 186, 390 et 391) a été amené à critiquer le premier de ces arrêts.

Ainsi encore, les obligations naturelles ne peuvent, ni être opposées en compensation à des créances civiles [23], ni former, en général, l'objet d'un cautionnement civilement efficace [24].

Du reste, aucun des effets attachés aux obligations naturelles ne saurait être attribué à des engagements, résultant de conventions prohibées par des motifs d'ordre public, bien qu'ils aient été contractés librement et en pleine connaissance de cause. De pareils engagements, réprouvés par la loi, n'ont aucune existence en Droit, et ne peuvent par conséquent être invoqués, même sous forme d'exception seulement, pour repousser, soit la *condictio indebiti vel sine causa*, soit la demande en nullité formée, pour défaut de cause, contre les obligations nouvelles contractées par les débiteurs. C'est ainsi que le paiement volontaire d'intérêts usuraires n'apporte aucun obstacle à leur répétition, et que la promesse de payer de pareils intérêts ne saurait servir de cause à une obligation ultérieure [25]. Il en est de même des sommes payées en vertu d'un traité secret fait à l'occasion de la cession d'un office, et de la promesse de payer un prix de cession supérieur à celui que porte le traité officiel [26].

[23] Les jurisconsultes romains avaient admis, du moins pour certaines obligations naturelles, la solution contraire, sans se laisser arrêter par la considération qu'ils attachaient ainsi à ces obligations, un moyen indirect de contrainte. Mais cette solution, qui se reliait à leurs idées sur la compensation (voy. Schwanert, *op. cit.*, § 13, nº 6), est incompatible avec les principes de notre Droit, d'après lequel la compensation opère *ipso jure*, et n'est admise qu'entre créances également *exigibles*. Art. 1290 et 1291. Cpr. § 326, texte nº 3.

[24] Cpr. § 424. La doctrine contraire, qui a prévalu en Droit romain, se fondait sur cette idée que le *fidejussio*, contracté par voie de stipulation, trouvait dans la stipulation même une *causa civilis obligandi*, qui la rendait, dans une certaine mesure du moins, indépendante de l'efficacité civile de l'obligation principale.

[25] Loi du 3 septembre 1807, art. 3. Loi des 15 juin, 1er juillet et 19 décembre 1850, al. 1.

[26] La jurisprudence avait d'abord admis une solution contraire, sur le fondement que l'engagement de payer, pour le prix d'un office, une somme supérieure à celle qui se trouve portée au traité officiel, constitue, lorsque tout s'est loyalement passé entre les parties, une obligation naturelle, à laquelle doit s'appliquer la disposition du second alinéa de l'art. 1235. Paris, 31 janvier 1840, Sir., 40, 2, 126. Req. rej., 7 juillet 1841, Sir., 41, 1, 693. Rouen, 18 février 1842, Sir., 42, 2, 201. Req. rej., 23 août 1842, Sir., 43, 1, 123. Mais cette manière de voir était inexacte. L'art. 1235 ne se réfère évidemment pas aux obligations

Les effets ci-dessus indiqués comme découlant des obligations naturelles y sont attachés de droit, de telle sorte que le juge qui se refuserait à les consacrer, violerait la loi.

Mais on ne doit pas en conclure à l'inverse, qu'en l'absence d'une véritable obligation naturelle, les engagements contractés ou les paiements effectués pour obéir à un simple sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, doivent toujours et nécessairement être envisagés comme ne constituant que des actes de pure libéralité.

Lorsque de pareils engagements ou paiements ont eu pour mobile le désir de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui en conservant un bénéfice même légalement acquis, ou de réparer un dommage qui ne serait pas imputable à faute, et dont par ce motif on ne se trouverait ni civilement ni même naturellement responsable [27], ils doivent être considérés comme ayant une cause intéressée, juridiquement suffisante, et rentrent, pour la forme comme pour le fond, plutôt dans la classe des actes à titre onéreux que dans celle des actes de pure libéralité [28].

naturelles frappées de réprobation par le Droit positif ; et la loi civile ne pourrait, sans se mettre en contradiction avec elle-même, leur accorder un effet quelconque, fût-ce même le simple bénéfice d'une exception contre l'action en répétition de sommes payées en vertu de pareilles obligations. Le paiement, en ce cas, est à considérer comme fait sans cause *juste*, c'est-à-dire, susceptible d'être prise en considération par le juge. Arg. art. 6 et 1131. L. 1, § 3, D. *de cond. sine causa* (12, 7). Duvergier, *Dissertation*, *Revue étrangère et française*, 1840, VII, p. 568. Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, IX. Aussi la jurisprudence est-elle aujourd'hui fixée dans ce sens. Civ. cass., 30 juillet 1844, Sir., 44, 1, 582. Req. rej., 1er août 1844, Sir., 44, 1, 584. Caen, 12 février 1845, Sir., 45, 2, 184. Req. rej., 11 août 1845, Sir., 45, 1, 642. Req. rej., 17 décembre 1845, Sir., 46, 1, 137. Civ. cass., 5 janvier 1846, Sir., 46, 1, 116. Paris, 5 décembre 1846, Sir., 47, 2, 228. Nîmes, 10 mai 1847, Sir., 48, 2, 147. Riom, 26 décembre 1848, Sir., 49, 1, 29. Req. rej., 3 janvier 1849, Sir., 49, 1, 282. Lyon, 24 août 1849, Sir., 50, 2, 14. Req. rej., 3 décembre 1849, Sir., 50, 1, 380. Civ. rej., 28 mai 1856, Sir., 56, 1, 587. Req. rej., 5 novembre 1856, Sir., 56, 1, 916. Metz, 29 mars 1859, Sir., 59, 2, 540.

[27] Cpr. Demolombe, XXIV, 351 ; Grenoble, 23 janvier 1864, Sir., 64, 2, 222.

[28] Les engagements pris ou les paiements faits dans les circonstances indiquées au texte, n'ayant d'autre objet et d'autre résultat que de réparer le préjudice occasionné par le fait de l'une des parties et d'indemniser l'autre partie de ce préjudice, ne sauraient être considérés comme dictés à la première par un simple sentiment de libéralité, et comme constituant au profit de la seconde une

C'est que, par application de la première des idées qui viennent d'être indiquées, la jurisprudence a admis pour les rétrocessions ou engagements consentis, par des acquéreurs de biens vendus révolutionnairement, au profit des anciens propriétaires de ces biens [29], et pour l'indemnité promise ou payée à son ancien créancier, par un débiteur qui s'était libéré en assignats dépréciés [30].

La même solution devrait être appliquée à l'engagement contracté, par l'une des parties qui ont figuré dans un contrat synallagmatique, dans le but d'indemniser l'autre de la lésion que ce contrat lui a fait éprouver, et à raison de laquelle il ne lui compétait pas d'action en rescision [31].

Mais il en est autrement des engagements ou paiements auxquels il serait impossible d'assigner pour mobile, soit l'intention de ne pas s'enrichir aux dépens d'autrui, soit le désir de réparer un dommage non imputable à faute. De pareils engagements ou paiements, eussent-ils été déclarés dictés par un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, ne sauraient plus être considérés comme des actes à titre onéreux; ils ne pourraient valoir, le cas échéant, que comme actes de libéralité, et seraient par conséquent soumis, quant à la forme et quant au fond, aux règles qui régissent les dispositions à titre gratuit [32].

véritable donation destinée à l'enrichir. En vain opposerait-on, en ce qui concerne spécialement le paiement, la disposition du second alinéa de l'art. 1235. Cet article, en effet, tout en statuant que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, ne dit cependant pas qu'en l'absence d'une véritable obligation naturelle, le paiement soit toujours fait sans cause et doive nécessairement donner lieu à la répétition de l'indû.

[29] Civ. rej., 3 décembre 1813. Sir., 14, 1, 85. Aix, 22 avril 1828, Sir., 29, 2, 108. Req. rej., 21 novembre 1831, Sir., 32, 1. 383. Nîmes, 16 février 1832, Sir., 32, 2, 315. Req. rej., 23 juillet 1833, Sir., 33, 1, 535. Voy. aussi : Req. rej., 10 mars 1818, Sir., 19, 1, 158. Cpr. cep. Zachariæ, § 297, texte et note 5. Cet auteur semble admettre, pour cette hypothèse, l'existence d'une obligation naturelle. Mais c'est à tort qu'il cite à l'appui de cette solution l'arrêt de la Cour suprême du 20 avril 1820 (Sir., 20, 1, 245), qui a positivement décidé le contraire.

[30] Cpr. Grenoble, 25 août 1809, Sir., 10, 2, 353.

[31] Cpr. Req. rej., 10 décembre 1851, Sir., 52, 1, 41.

[32] Civ. cass., 5 mai 1835, Sir., 35, 1, 466. Orléans, 23 avril 1842, Sir., 43, 1, 383. Colmar, 18 janvier 1859, Sir., 59, 2, 382. Req. rej., 4 août 1859, Sir., 60, 1, 33. C'est sous ce rapport surtout qu'il importe de séparer nettement

§ 298.

II. *Des obligations simples ou multiples, quant au nombre des créanciers ou des débiteurs, en général; et, spécialement, des obligations simplement conjointes* [1].

Les obligations existent le plus souvent au profit d'un seul créancier, et à la charge d'un seul débiteur. Mais elles peuvent être établies en faveur de plusieurs créanciers, ou imposées à plusieurs débiteurs; dans ce cas, elles sont appelées conjointes [2].

Les obligations conjointes sont, ou simplement conjointes, ou solidaires.

La solidarité elle-même est active ou passive, suivant qu'elle existe entre créanciers ou entre débiteurs.

Dans les obligations simplement conjointes, la créance ou la dette se divise, en ce qui concerne les rapports des créanciers avec les débiteurs, en autant de parts égales qu'il y a de créanciers ou de débiteurs (parts viriles, c'est-à-dire déterminées *pro numero virorum*).

Cette règle est cependant sujette à modification, lorsqu'il se trouve, parmi les créanciers ou les débiteurs, plusieurs personnes qui doivent être considérées comme n'en formant qu'une seule, et qui, dès lors, ne sont à compter que pour une tête. C'est ce qui a lieu de droit pour le mari et la femme communs en biens [3].

La même règle est encore modifiée, sous un double rapport, par

les devoirs de pure morale de ceux qui présentent un caractère juridique; et M. Saturnin Vidal (*op. cit.*, p. 384) a commis, à notre avis, une grave erreur, en soutenant que la distinction entre ces deux classes de devoirs ne présente plus dans notre Droit d'intérêt pratique.

[1] Voy. sur cette matière : *De la solidarité et de l'indivisibilité*, par Rodière; Paris, 1852, 1 vol. in-8.

[2] Si une obligation, ayant pour objet une seule et même prestation, avait été contractée *ex intervallo* par deux personnes, celle qui se serait engagée en dernier lieu (sans solidarité bien entendu) serait, en général, à considérer comme débitrice simplement conjointe. Mais le débiteur originaire resterait obligé pour le tout, à moins que le contraire ne dût s'induire des termes dans lesquels le nouvel engagement aurait été pris et accepté. Cpr. Delvincourt, II, p. 502; Toullier, VI, 723; Duranton, XI, 188; Marcadé, sur l'art. 1201, n° 2; Zachariæ, § 298, texte et note 1re.

[3] Toullier, VI, 716 à 718. Larombière, II, art. 1197, n° 11.

la circonstance que l'un des créanciers ou des débiteurs originaires est décédé en laissant plusieurs héritiers. Dans ce cas, tous les héritiers ensemble ne sont comptés que pour une tête; et, d'un autre côté, la part de leur auteur dans la créance ou dans la dette se subdivise entre eux, non plus par portions viriles, mais en proportion de leurs parts héréditaires. Art. 1220.

Enfin, rien n'empêche que la division par portions égales ou viriles ne soit modifiée par le titre constitutif de l'obligation, qui peut partager la créance ou la dette en portions inégales, sans changer pour cela le caractère de l'obligation. Que si le partage inégal n'était que le résultat d'une convention intervenue, soit entre les créanciers seulement, soit seulement entre les débiteurs, la créance ou la dette ne s'en diviserait pas moins par portions égales, en ce qui concerne les rapports des créanciers avec les débiteurs. Art. 1862, 1863 et arg. de ces articles.

Les parts des divers créanciers ou débiteurs dans l'obligation conjointe sont à considérer comme constituant autant de créances ou de dettes distinctes les unes des autres, qu'il existe de créanciers ou de débiteurs [1].

De là résultent les conséquences suivantes:

a. Chaque créancier ne peut réclamer et chaque débiteur n'est tenu de payer que sa part de la créance ou de la dette. Art. 1220. Celui des débiteurs qui aurait payé l'intégralité de la dette ne serait pas légalement subrogé aux droits du créancier contre les autres débiteurs. Cpr. Art. 1251, nº 3.

b. L'insolvabilité de l'un des débiteurs doit être supportée par le créancier, et non par les autres débiteurs. Arg. *a contrario*, art. 1214, al. 2.

c. Les actes interruptifs de prescription, émanés d'un seul des créanciers, ou dirigés contre un seul des débiteurs, ne profitent pas aux autres créanciers, et ne sont point opposables aux autres débiteurs. Art. 2249, al. 2 et 3.

d. La constitution en demeure de l'un des débiteurs ou la faute par lui commise, est absolument sans effet à l'égard des autres, Arg. *a contrario,* art. 1205 et 1207.

e. Lorsque l'obligation conjointe est accompagnée d'une clause pénale, la peine n'est encourue que par celui des débiteurs qui contrevient à l'obligation, et pour la part seulement dont il était

[1] L. 110, D. *de V. O.* (45, 1). Toullier, VI, 714. Larombière, sur l'art. 1197, nº 8. Zachariæ, § 298, texte et note 3.

tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée. Art. 1233, al. 1.

Toutefois, ces diverses conséquences cessent de recevoir application, ou sont soumises à des modifications plus ou moins importantes, quand l'obligation conjointe est une obligation indivisible proprement dite, ou même une obligation divisible de la nature de celles dont s'occupe l'art. 1221 [5].

Dans les rapports des créanciers entre eux, ou des débiteurs entre eux, l'obligation conjointe ne se divise plus, en principe, par portions égales, mais au prorata de l'intérêt que chacun d'eux peut avoir dans l'association ou la communauté à laquelle se rattache la créance ou la dette. Mais, comme les parts des coïntéressés sont, jusqu'à preuve contraire, présumées égales, la division se fera de fait par portions viriles, à moins que cette preuve ne soit supportée. Art. 1853 et 1863.

§ 298 *bis*.

Continuation. — Des obligations solidaires entre créanciers.

L'obligation est solidaire entre créanciers, lorsque, d'après le titre qui la constitue, chacun d'eux a le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur. Art. 1197.

La solidarité entre créanciers ne peut résulter que d'une convention ou d'un acte de dernière volonté, qui l'établit expressément [1]. Il n'existe pas de cas de solidarité légale entre créanciers. Arg. art. 1197, cbn. 1202.

D'après le Droit romain, chaque créancier solidaire était considéré, dans ses rapports avec le débiteur, comme seul et unique créancier; d'où la conséquence, que l'obligation, éteinte à son égard d'une manière quelconque, l'était également à l'égard de tous les autres [2]. D'un autre côté, le créancier solidaire qui avait touché le

[5] Cpr. à cet égard : § 301.

[1] Cpr. sur le sens du mot *expressément* : § 298 *ter*, texte n° 1, et note 12.

[2] L. 2, D. *de duob. reis* (45, 2). Il est entendu qu'il ne s'agit ici que des causes d'extinction proprement dites, et non de celles qui, comme la confusion, ont seulement pour effet de priver le créancier de son droit d'action. La règle indiquée au texte était également étrangère en Droit romain, au cas d'une cession faite *potentiori*, et au simple pacte *de non petendo*.

montant de la dette, ou qui avait libéré le débiteur par acceptilation, ne devait à ce sujet aucun compte aux autres, à moins que ceux-ci ne fussent à même d'établir qu'ils étaient associés avec lui pour l'émolument de la créance [3].

Mais les rédacteurs du Code se sont placés à un point de vue tout différent. Partant de l'idée que les créanciers solidaires doivent être réputés de droit associés entre eux, ils leur ont refusé le pouvoir de disposer individuellement de la totalité de la créance, et n'ont attribué à chacun d'eux, pour ce qui excède sa part, qu'un simple mandat à l'effet de poursuivre et de recevoir le paiement de ce qui est dû aux autres [4].

Ce mandat entraîne les effets suivants :

a. Chaque créancier solidaire a le droit d'exiger la totalité de la créance, sans que le débiteur puisse lui opposer l'exception de division [5]. Art. 1197.

b. Le débiteur a la faculté de payer le montant de la dette à l'un ou l'autre des créanciers solidaires, à moins qu'il n'ait été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. Art. 1198, al. 1.

c. Tout acte qui interrompt la prescription au profit de l'un des créanciers solidaires, l'interrompt également en faveur des autres [6]. Art. 1199.

d. La demande d'intérêts formée par l'un des créanciers solidaires, fait courir les intérêts au profit des autres. Art. 1199 et arg. de cet art. cbn. art. 1206 et 1207.

[3] L. 62, *præ.* D. *ad leg. falcid.* (35, 2).

[4] L'existence et l'objet restreint de ce mandat ressortent clairement de la combinaison des art. 1197 et 1199 avec les art. 1198, al. 2, et 1365, al. 2. Delvincourt, II, 502. Duranton, XI, 170. Larombière, II, art. 1198, n° 10. Colmet de Santerre, V, 128 et 128 *bis*, III. Zachariæ, § 298, texte et note 11.

[5] Cette conséquence ne peut être étendue aux héritiers de l'un des créanciers solidaires : on doit, même quand il s'agit d'une obligation solidaire, appliquer aux héritiers la règle *Nomina hæreditaria ipso jure inter hæredes divisa sunt.* L'obligation solidaire n'est pas pour cela indivisible. Art. 1219. Cpr. art. 1220 et 1224. Pothier, n° 324. Larombière, II, art. 1199, n° 4. Zachariæ, § 298, note 8.

[6] Mais l'acte par lequel la prescription aurait été interrompue au profit d'un héritier de l'un des créanciers, ne l'interromprait pas en faveur des autres héritiers ; et il ne l'interromprait en faveur des autres créanciers que pour la part de cet héritier dans la totalité de la créance. Arg. art. 2249. Delvincourt, II, p. 500. Duranton, XI, 180. Zachariæ, § 298, note 16.

e. Le débiteur libéré envers l'un des créanciers solidaires, par suite du paiement effectif de la totalité de la créance ou de compensation intégrale [7], l'est également vis-à-vis des autres. Art. 1197.

f. La novation ou la transaction faite par l'un des créanciers solidaires et le jugement qu'il a obtenu profitent aux autres, s'ils jugent convenable de s'en prévaloir [8].

Les créanciers solidaires n'ayant pas le pouvoir de disposer, chacun individuellement, de la totalité de la créance, on doit en conclure :

a. Que le débiteur, libéré envers l'un des créanciers solidaires, par suite de remise de la dette, de novation, ou de transaction, ne l'est, à l'égard des autres, que pour la part de celui qui a fait la remise, ou qui a concouru, soit à la novation, soit à la transaction [9].

b. Que la prestation du serment déféré par l'un des créanciers solidaires n'entraîne, au profit du débiteur, une présomption légale de libération, que pour la part de ce créancier. Art. 1365, al. 2.

c. Que le jugement obtenu par le débiteur, contre l'un des créanciers solidaires, n'est point opposable aux autres, pour leurs parts dans la créance [10].

[7] *Compensatio est instar solutionis.* Duranton, XI, 178. Desjardins, *De la compensation*, n° 128. Rodière, n° 16. Larombière, II, art. 1198, n° 8. Colmet de Santerre, V, 130 *bis*. Zachariæ, § 298, texte et note 12. — Delvincourt (*loc. cit.*) et Marcadé (sur l'art. 1198) émettent un avis contraire, en invoquant un argument d'analogie tiré du 3e al. de l'art. 1294. Mais le motif, par lequel seul on peut rationnellement expliquer cette disposition, est sans application possible à l'hypothèse dont il est ici question. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 2 et note 18.

[8] Larombière, II, art. 1198, nos 14 et 15. Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 130 *bis*, III.

[9] Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, XI, 176. Larombière, II, art. 1198, nos 13 et 14. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Zachariæ, § 298, texte et note 13.

[10] Duranton, XI, 179, et XIII, 521. Rodière, n° 27. Zachariæ, § 298, texte et note 14. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Chose jugée, § 18, n° 1; Toullier, X, 204 ; Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1332; Marcadé, sur l'art. 1198; Larombière, II, art. 1198, n° 15. Ces auteurs se fondent sur ce que tout créancier ayant le droit de demander le total, chacun d'eux se trouve légalement investi de l'action pour la créance entière, et a, par suite, le plein et libre exercice de cette action ; mais ils ont oublié que le droit de poursuite qui compète à chacun des créanciers solidaires pour les parts des autres, ne lui appartient qu'en vertu d'un mandat légalement présumé, et qu'ainsi les effets de l'exercice de son droit de poursuite doivent se déterminer d'après la nature et l'objet restreint de ce mandat.

De même que la créance solidaire peut s'éteindre, pour la part de l'un des créanciers, par un fait personnel à ce dernier, de même elle peut aussi se conserver, pour la part d'un créancier seulement, par suite d'une cause à lui propre. C'est ainsi que, dans le cas où la prescription a été suspendue à raison de la minorité de l'un des créanciers, les autres ne peuvent se prévaloir de cette suspension ; la créance est éteinte sauf la part du mineur [11].

Les créanciers solidaires étant, en vertu même de leur qualité, réputés associés les uns des autres, le bénéfice de la créance doit, abstraction faite de toute convention, se partager entre eux par portions égales ou viriles [12] ; et le créancier qui en a perçu la totalité est tenu, envers chacun des autres, du montant de leurs parts respectives [13]. Art. 1197.

[11] La maxime que le mineur relève le majeur en fait de prescription, n'est vraie, qu'autant qu'il s'agit d'un droit ou d'une obligation indivisible. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 7, art. 2, quest. 2, n° 10 ; *Quest.*, *eod. v°*, § 14. Troplong, *De la prescription*, II, 739. Marcadé, sur l'art. 1199. Rodière, n° 25. Colmet de Santerre, V, 131 *bis*. Zachariæ, § 298, texte et note 15. Civ. rej., 30 mai 1814, Sir., 14, 1, 201. Req. rej., 5 décembre 1826, Sir., 27, 1, 310. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, 490 ; Duranton, XI, 180 ; Larombière, II, art. 1199, n° 3. Les deux premiers de ces auteurs croient pouvoir assimiler les effets de la suspension de prescription à ceux de l'interruption ; mais cette assimilation n'est aucunement exacte. L'acte interruptif de prescription émané du mandataire doit nécessairement profiter au mandant ; personne, au contraire, n'osera soutenir que la minorité du mandataire doive suspendre la prescription au profit du mandant majeur. Quant à M. Larombière, il se fonde sur ce que, dans ses rapports avec le débiteur, chacun des créanciers solidaires est à considérer comme seul et unique créancier. Mais ce principe qu'admettait le Droit romain, et d'après lequel la créance solidaire ne pouvait ni s'éteindre ni se conserver pour partie seulement, n'est plus exact dans le système de notre Droit, qui considère le bénéfice de la créance comme étant de plein droit partageable entre les créanciers solidaires.

[12] A moins qu'il ne soit justifié que les divers créanciers ont des parts différentes, auquel cas la division se fait au prorata de l'intérêt de chacun.

[13] Delvincourt, II, p. 502. Toullier, VI, 729. Larombière, II, art. 1197, n° 20. Zachariæ, § 298, texte et note 17. — M. Duranton, qui avait enseigné, dans son *Traité des contrats* (II, 542 et 543), qu'en Droit français, comme en Droit romain, le bénéfice de la créance n'est pas, de plein droit et en règle générale, partageable entre les créanciers solidaires, s'est dans son *Cours de Droit civil* (XI, 170 à 173), rangé à l'opinion énoncée au texte.

§ 298 *ter*.

Des obligations solidaires entre débiteurs.

1° Notion de la solidarité entre débiteurs. Des causes qui la produisent. De la distinction des obligations solidaires proprement dites et des simples obligations in solidum.

L'obligation est solidaire entre débiteurs lorsque, d'après le titre qui la constitue, chacun d'eux est à considérer, dans ses rapports avec le créancier, comme débiteur de l'intégralité de la prestation, en d'autres termes, lorsque chaque débiteur se trouve obligé *in totum et totaliter*, comme s'il était seul débiteur[1]. Art. 1200.

La solidarité entre débiteurs peut résulter, soit d'une convention ou d'un acte de dernière volonté[2], soit de la loi. Art. 1202.

Parmi les dispositions de la loi qui prononcent la solidarité, il en est qui ne sont en réalité que simplement déclaratives de la volonté des parties. Telles sont, par exemple, les dispositions qui établissent la solidarité entre plusieurs commodataires conjoints et entre les comandants[3]. Dans ces cas, la solidarité est plutôt conventionnelle que légale proprement dite; elle produit tous les effets qu'engendre une obligation contractée avec une clause expresse de solidarité.

La solidarité prononcée par les art. 396 et 1033 contre le mari cotuteur et la mère tutrice, et contre les exécuteurs testamentaires qui ont reçu en commun la saisine du mobilier héréditaire, produit également tous les effets qui viennent d'être indiqués, parce qu'elle se rattache à une obligation préexistante, résultant de l'acceptation ou de la délation de fonctions indivisément confiées à ces personnes.

[1] La définition donnée par l'art. 1200 est incomplète en ce qu'elle n'indique pas le caractère propre et distinctif de la solidarité passive. Une obligation n'est pas solidaire par cela seul que chaque débiteur peut être contraint au paiement du total. Cet effet est également attaché aux obligations indivisibles et même à certains égards aux obligations divisibles dont parle l'art. 1121. Il faut, pour qu'une obligation soit véritablement solidaire, que chacun des débiteurs *debeat totum et totaliter*, comme s'il était seul obligé. Pothier, n° 262.

[2] Pothier, n° 269. Delvincourt, II, p. 502. Toullier, VI, p. 720. Larombière, II, art. 1202, n° 3. Zachariæ, § 298, texte et note 6.

[3] Art. 1887 et 2002.

Quant à la garantie solidaire qui pèse, d'après les art. 118, 140 et 187 du Code de commerce, sur les souscripteurs, donneurs d'aval, et endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, elle constitue également une obligation solidaire conventionnelle, puisqu'il n'existe qu'une seule obligation, à laquelle viennent successivement accéder, avec engagement solidaire, tous ceux qui ont apposé leur signature sur le titre qui la constate. Aussi le protêt régulièrement dressé fait-il courir les intérêts à l'égard de toutes ces personnes. Seulement le porteur doit-il, pour conserver le recours solidaire qui lui ouvre le protêt, dénoncer cet acte, avec assignation, dans les délais prescrits par la loi, à tous ceux contre lesquels il entend exercer ce recours [4].

A côté des dispositions dont nous venons de parler, il en est d'autres qui, dans des vues d'ordre public, ou pour la garantie de certains intérêts, soumettent plusieurs personnes à la responsabilité solidaire des suites d'un fait dommageable. Tels sont, par exemple : l'art. 395, qui rend le second mari solidairement responsable des suites de la tutelle indûment conservée par la mère ; l'art. 1442, portant que le subrogé tuteur, qui n'a point obligé l'époux survivant à faire inventaire, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs ; l'art. 1734, qui déclare les colocataires d'un bâtiment, solidairement responsables de l'incendie de ce bâtiment ; enfin l'art. 55 du Code pénal, aux termes duquel tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais [5].

[4] Nous maintenons, sous la restriction indiquée au texte, la doctrine que nous avions émise sur ce point dans notre troisième édition ; et c'est à tort, selon nous, que MM. Bravard et Demangeat (*Traité de Droit commercial*, III, p. 218 à 220) ne voient dans la garantie solidaire dont il s'agit qu'une obligation *in solidum*.

[5] Voy. aussi décret du 18 juin 1811, art. 156. — L'art. 55 du Code pénal s'applique tout aussi bien au cas où les dommages-intérêts, dus à raison d'un crime ou d'un délit, sont demandés devant un tribunal civil, qu'à celui où ils sont réclamés devant un tribunal de justice répressive : *lex non distinguit*. Voy. d'ailleurs : Code d'inst. crim., art. 1 à 3. Delvincourt, II, p. 498. Carnot, *Commentaire du Code pénal*, sur l'article 55, n° 1. Duranton, XI, 194. Marcadé, sur l'art. 1202, n° 2, Larombière, II, art. 1202, n° 20. Civ. rej., 6 septembre 1813, Sir., 14, 1, 57. Req. rej., 23 décembre 1818, Sir., 19, 1,

Les dispositions de cette nature ne créent pas directement et par elles-mêmes, des obligations parfaitement solidaires[6]. Elles donnent seulement au créancier le droit d'agir pour le total contre l'une ou l'autre des personnes responsables, et celui de provoquer contre toutes une condamnation solidaire. Il en résulte que les effets attachés aux obligations solidaires proprement dites ne s'étendent pas tous et nécessairement aux cas de responsabilité légale dont il vient d'être parlé, tant et aussi longtemps qu'il n'est pas intervenu de condamnation solidaire. C'est ainsi, par exemple, que jusque-là les actes interruptifs de prescription et les demandes en justice dirigées contre l'un des obligés n'ont point, en général, pour effet d'interrompre la prescription et de faire courir les intérêts moratoires à l'égard des autres[7]. C'est encore ainsi que le jugement obtenu par l'un des obligés, le serment qu'il a prêté, ou la remise qui lui a été faite, ne libèrent les autres obligés que dans la proportion du recours qu'ils auraient eu à exercer contre lui. Mais une fois la condamnation solidaire prononcée, toutes les règles relatives aux rapports du créancier et des débiteurs solidaires deviennent applicables à l'obligation ainsi reconnue[8].

178. Cpr. aussi : Crim. rej., 15 juin 1844, Sir., 45, 1, 73. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 16 février 1829, Sir., 29, 2, 300.

[6] La distinction que nous indiquons ici entre les obligations solidaires (*obligatio correalis*) et les cas de responsabilité solidaire (*obligatio in solidum*), était admise en Droit romain. Voy. Ribbentrop, *Zur Lehre von der correal Obligation* : Fritz, sur Wening-Ingenheim, *System der Pandecten*, III, p. 182 et suiv. Elle est également adoptée en principe, et sauf certaines divergences de détail, par MM. Rodière (nes 165-175), Bravard et Demangeat (*op. et loc. citt.*). Quant à M. Colmet de Santerre (V, 135 *bis*, I, II et III), il professe une doctrine qui s'écarte de la nôtre sous un double rapport : d'une part, en ce que, à l'exception seulement de la responsabilité fondée sur les art. 1382 et 1383, il considère comme de véritables obligations solidaires toutes celles auxquelles nous ne reconnaissons que le caractère d'obligations *in solidum* : d'autre part, en ce qu'il ne voit qu'une obligation de cette dernière espèce, dans l'engagement que contractent les personnes qui apposent leur signature sur une lettre de change ou un billet à ordre. On peut se demander si cette doctrine procède d'un principe bien arrêté.

[7] Voy. dans ce sens : *Observations* de Devilleneuve, Sir., 52, 1, 689, note 3. Voy. cependant, pour le cas où il s'agit de délits de Droit criminel : Code d'inst. crim., art. 637 et 638.

[8] Les commentateurs du Droit romain ne sont point d'accord sur le point de savoir si la condamnation prononcée *in solidum* dans un cas de responsabilité

Quant à la répartition de la dette entre les différents obligés, elle ne se fait pas nécessairement *pro portione virili*, conformément à l'art. 1213 : les tribunaux peuvent, suivant les circonstances, admettre une autre base de répartition [9].

La solidarité conventionnelle ne se présume pas ; il faut qu'elle résulte expressément du titre constitutif de l'obligation, ou d'une disposition légale, déclarative de la volonté présumée des parties. Art. 1202. Ainsi, les covendeurs d'une chose indivise ne sont pas, à moins de stipulation formelle, soumis à la garantie solidaire, encore que la vente ait été passée au profit de plusieurs acquéreurs, qui se sont solidairement engagés envers eux [10]. Ainsi encore, les copropriétaires par indivis d'un immeuble ne sont pas, de plein droit, obligés solidairement envers les ouvriers ou entrepreneurs qui ont fait des réparations à cet immeuble, soit que tous les copropriétaires ensemble aient traité avec les ouvriers, soit qu'un seul ait agi comme mandataire des autres [11]. Toutefois, les expressions *solidairement*, *solidarité*, ne sont pas sacramentelles ; elles peuvent être remplacées par des équipollents [12].

Quant à la responsabilité légale qui peut conjointement peser sur plusieurs personnes, elle n'a lieu *in solidum*, qu'autant que cet effet lui a été formellement ou virtuellement attribué par une disposition de la loi [13]. On doit, en vertu des art. 1382 et 1383, consi-

légale, convertit ou non cette responsabilité en une véritable obligation corréale. Cpr. Fritz, *op. et loc. citt.* L'affirmative, que nous avons admise, ne nous paraît pas douteuse en Droit français. Aucun texte de loi ne permet de supposer que le législateur ait voulu établir, du moins en général, des différences quelconques entre les effets d'un engagement contracté d'une manière solidaire, e ceux d'une condamnation prononcée solidairement.

[9] Voy. notamment, sur le cas prévu par l'art. 1734 : § 367, texte n° 3.

[10] Duranton, XI, 169. Troplong, *De la vente*, n° 435. Colmar, 23 juillet 1811, Sir., 12, 2, 99. Rennes, 20 août 1811, Sir., 13, 2, 114. Voy. encore : Bordeaux, 11 mars 1852, Sir, 52, 2, 445.

[11] Civ. cass., 23 juin 1851, Sir., 51, 1, 600. Voy. en sens contraire : Orléans, 3 avril 1852, Sir., 52, 2, 202.

[12] Ainsi, les débiteurs sont obligés solidairement, lorsqu'ils s'engagent *l'un pour l'autre, un seul pour le tout, chacun pour le tout.* Cpr. Delvincourt, II, p. 499 ; Toullier, VI, 721 ; Duranton, XI, 190 ; Zachariæ, § 298, note 7 ; Req. rej., 7 septembre 1814, Sir., 16, 1, 318 ; Grenoble, 20 janvier 1830, Sir., 30, 2, 133 ; Req. rej., 9 janvier 1838, Sir., 38, 1, 746.

[13] Le 1er alinéa de l'art. 1202, qui s'occupe de la solidarité conventionnelle, exige bien qu'elle soit expressément stipulée. Mais il en est autrement du se-

dérer comme virtuellement soumises à responsabilité solidaire, toutes les personnes qui ont commis ensemble et de concert un délit de droit civil, c'est-à-dire un fait illicite accompagné de l'intention de nuire, et qui, cependant, ne se trouve pas incriminé par la loi pénale [14]. C'est ainsi, notamment, que plusieurs personnes qui ont commis de concert un stellionat, sont solidairement responsables des dommages-intérêts dus à la partie lésée [15]. La jurisprudence va même plus loin : elle décide que le préjudice causé par la réunion de plusieurs quasi-délits, c'est-à-dire de plusieurs faits dommageables non accompagnés de l'intention de nuire, doit, lorsque le résultat en est indivisible, être solidairement réparé par leurs auteurs, bien qu'il n'ait existé entre eux ni concert, ni même communauté d'intérêts [16].

cond alinéa du même article, qui, en parlant de la solidarité légale, l'admet dans tous les cas où elle résulte d'une disposition de la loi, sans exiger que la disposition soit expresse. Cpr. la note suivante.

[14] En pareil cas, en effet, chacune des personnes qui ont participé au délit, est à considérer comme étant individuellement l'auteur du dommage qu'il a causé, et en doit par conséquent la réparation intégrale. *Unusquisque fraudis particeps, auctor est.* L. 15, § 2, D. *quod vi aut clam.* (43, 245). Merlin, *Quest.*, v° Solidarité, § 11. Rauter, *Cours de législation criminelle*, I, 181. Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 545. Sourdat, *Traité de la responsabilité*, I, 143, 473 et suiv. Rodière, n° 49. Larombière, II, art. 1202, n° 22. Colmet de Santerre, V, 135 *bis*, III. Req. rej., 3 juillet 1817, Sir., 18, 1, 338. Req. rej., 12 février 1818, Sir., 19, 1, 139. Nancy, 18 mai 1827, Sir., 27, 2, 229. Paris, 26 février 1829, Sir., 29, 2, 136. Bordeaux, 16 mars 1832, Sir., 32, 2, 630. Req. rej., 8 novembre 1836, Sir., 36, 1, 801. Crim. rej., 3 décembre 1836, Sir., 38, 1, 82. Req. rej., 7 août 1837, Sir., 37, 1, 889. Req. rej., 7 mai 1839, Sir., 39, 1, 483. Civ. cass., 29 décembre 1852, Sir., 53, 1, 91. Req. rej., 14 décembre 1859, Sir., 60, 1, 253. Req. rej., 18 août 1862, Sir., 63, 1, 265. Req. rej., 12 janvier 1863, Sir., 63, 1, 249. Toulouse, 29 juin 1864, Sir., 64, 2, 155. Civ. rej., 14 août 1867, Sir., 67, 1, 401. Cpr. aussi : Req. rej., 27 février 1827, Sir., 27, 1, 228 ; Civ. rej., 29 février 1836, Sir., 36, 1, 293. Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 161 ; Duranton, XI, 194 ; Marcadé, sur l'art. 1202, n° 2 ; Zachariæ, § 298, note 5.

[15] Req. rej., 29 janvier 1840, Sir., 40, 1, 369. Req. rej., 20 juillet 1852, Sir., 52, 1, 689.

[16] Req. rej., 11 juillet 1826, Sir., 27, 1, 236. Req. rej., 3 mai 1827, Sir., 27, 1, 435. Req. rej., 8 novembre 1836, Sir., 36, 1, 801. Req. rej., 4 mai 1859, Sir., 59, 1, 377. Aix, 14 août 1861, Sir., 62, 2, 265. Voy. également dans ce sens : Larombière, II, art. 1202, n° 22.

2° Analyse de l'obligation solidaire. — De la nature diverse des exceptions que les codébiteurs peuvent avoir à opposer au créancier.

L'obligation solidaire est, tout à la fois, multiple sous le rapport des engagements contractés par les différents codébiteurs, et unique en ce qui concerne la prestation qui en forme l'objet.

L'obligation solidaire, envisagée sous le rapport du lien de droit qu'elle établit entre chacun des débiteurs et le créancier, se compose, comme toute obligation conjointe, d'autant d'engagements distincts qu'il y a de personnes qui l'ont contractée.

Ces engagements peuvent, par cela même qu'ils sont distincts, avoir des qualités différentes, sans que la solidarité en soit affectée. Ainsi, l'un des débiteurs peut n'être obligé que sous condition, ou à terme, lorsque les autres le sont purement et simplement [17]. Art. 1201.

D'un autre côté, la question de savoir si les débiteurs sont valablement engagés, et dans quelle mesure ils le sont, s'apprécie pour chacun d'eux séparément, sans égard à la position des autres. Arg. art. 1208, al. 2.

Des deux propositions qui précèdent il résulte, que l'un des débiteurs peut avoir à opposer au créancier des exceptions fondées, soit sur les modalités sous lesquelles il s'est engagé, soit sur son incapacité personnelle, ou sur les vices dont son consentement s'est trouvé entaché. Ces exceptions, que les autres débiteurs ne sont pas admis à faire valoir, sont par ce motif appelées *personnelles*. L'admission d'une pareille exception au profit de l'un des débiteurs ne modifie en rien la position des autres vis-à-vis du créancier, envers lequel ils demeurent soumis à toutes les conséquences de la solidarité. Art. 1208, al. 2.

Si, sous le point de vue du lien juridique, l'obligation solidaire se compose d'autant d'obligations distinctes qu'il y a de personnes obligées, elle n'en est pas moins, sous le rapport de la prestation, une et la même pour tous les débiteurs : ils sont tenus *totaliter*, tous et chacun d'eux, à l'accomplissement d'une seule et même prestation.

Une obligation solidaire peut avoir été contractée par tous les débiteurs sous certaines conditions ou modalités seulement, ou

[17] C'est ce qu'exprime Papinien, lorsqu'il dit (L. 9, § 2, D. *de duob. reis const.*, 45, 2) : *Et si maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona. propria singulorum consistit obligatio.* Pothier, n° 263. Duranton, XI, 119. Zachariæ, § 298, note 18. Cpr. Bourges, 7 mars 1831, Sir., 31, 2, 307.

bien se trouver entachée d'un vice tenant, soit à sa cause ou à son objet, soit à la forme extrinsèque requise pour sa validité. Les modalités ou les vices de cette nature, inhérents à l'obligation elle-même, engendrent des exceptions que l'on appelle *réelles* ou *communes*, et qui sont, d'après leur nature même, susceptibles d'être opposées par tous et chacun des codébiteurs. Art. 1208, al. 1er.

L'unité de l'obligation solidaire, sous le rapport de la prestation qui en forme l'objet, a pour conséquence que tous les codébiteurs sont libérés, non-seulement par le paiement que l'un d'eux a effectué, mais encore en principe, par toutes les causes de libération ou d'extinction de l'obligation, qui se sont réalisées dans la personne de l'un des débiteurs. C'est ainsi que la remise volontaire de la dette ou la novation libère tous les débiteurs, bien que le créancier n'ait traité qu'avec un seul d'entre eux. Il n'en serait autrement que s'il avait fait réserve expresse de ses droits et actions contre les autres, auquel cas ces derniers restent solidairement engagés envers lui, sous la déduction seulement de la part de celui qu'il a libéré dans la dette commune. Art. 1200, 1280, 1281 et 1285 et arg. de ces articles.

En partant de la double idée que la compensation équivaut à paiement (*compensatio est instar solutionis*), et qu'elle a lieu de plein droit, on serait amené à décider que le codébiteur solidaire, poursuivi par le créancier, est admis à lui opposer en compensation, non-seulement ce que le créancier lui doit personnellement, mais encore tout ce que celui-ci peut devoir à un ou plusieurs des autres codébiteurs. Mais les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir admettre cette conséquence; et ils ont ajouté à l'art. 1294 un 3e alinéa, portant que le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur [18].

[18] Le troisième alinéa de l'art. 1294 a été ajouté à la demande du Tribunat, qui faisait remarquer que, si le débiteur solidaire était autorisé à opposer la compensation opérée du chef de son codébiteur, ce dernier pourrait se trouver engagé malgré lui dans des procès désagréables, relativement à l'existence de sa créance, et à la question de savoir si elle est ou non susceptible d'être opposée en compensation. Locré, *Lég.*, XII, p. 279, n° 57. Ce motif, que le législateur lui-même n'a pas trouvé assez concluant pour refuser à la caution le droit d'invoquer la compensation du chef du débiteur principal, ne saurait justifier la disposition du troisième alinéa de l'art. 1294. Mais, à notre avis, cette disposition peut s'expliquer par une autre raison. Si les codébiteurs étaient admis à

Toutefois, et malgré les termes absolus dans lesquels cette disposition est conçue, elle ne fait pas obstacle à ce que la compensation soit opposée jusqu'à concurrence de la part dans la dette de celui des codébiteurs qui se trouve être créancier de leur créancier commun [19]. D'un autre côté, la compensation qui s'est opérée dans la personne de l'un des codébiteurs, devient, même pour le total de la dette, une exception commune à tous les autres, lorsqu'elle a été opposée au créancier par le codébiteur au profit duquel elle a eu lieu [20].

se prévaloir de la compensation opérée du chef de l'un d'eux, ce dernier se verrait, contre son gré, et sans le fait du créancier, obligé de les accepter pour débiteurs, jusqu'à concurrence de la part pour laquelle il aurait un recours à exercer contre chacun d'eux, et pourrait se trouver exposé à la nécessité de les poursuivre. Or, il ne doit pas dépendre de l'un des débiteurs de placer son codébiteur dans une pareille situation. Le même inconvénient ne se présente plus à l'occasion de la compensation opposée par la caution, du chef du débiteur principal, puisque celui-ci ne peut jamais avoir de recours à exercer contre elle. Cette explication fait donc complètement disparaître l'opposition apparente qui existe entre les alinéas un et trois de l'art. 1294. Cpr. en sens divers sur le 3e alinéa de l'art. 1294 : Delvincourt, II, p. 507 et 508; Duranton, XII, 429 et 430; Larombière, III, art. 1294, n° 5; Desjardins, *De la compensation*, n° 126 ; Colmet de Santerre, V, 142 *bis*, II ; Zachariæ, § 298, note 20.

[19] Le débiteur solidaire poursuivi pour le total, et qui, s'il était forcé de payer, aurait un recours à exercer contre son codébiteur, jusqu'à concurrence de la part contributoire de ce dernier dans la dette, doit être admis à opposer, pour cette part, la compensation opérée du chef de ce dernier, comme il pourrait invoquer la confusion qui se serait faite dans sa personne. S'il en était autrement, la compensation ne profiterait pas même à celui en faveur duquel elle a eu lieu. D'ailleurs, l'inconvénient qui résulterait d'une compensation opposée pour le total, n'existe plus quand il n'est question que d'une compensation partielle, qui ne soumet pas celui du chef duquel elle a été opposée à la nécessité d'un recours. Enfin, cette manière d'interpréter le 3e alinéa de l'art. 1294 évite un circuit d'actions, et c'est une raison de plus pour l'admettre dans la pratique. Domat, *Lois civiles*, part. I, liv. III, tit. III, sect. 1, art. 8. Pothier, n° 274. Delvincourt, II, p. 507 et 508. Toullier, VI, 733 à 737 ; VII, 377. Duranton, XII, 429 et 430. Marcadé, sur l'art. 1294, n° 3. Rodière, n° 81. Larombière, *loc. cit.* Cpr. Desjardins, *op. et loc. citt.*: Toulouse, 14 août 1818, Sir., 19, 2, 221. Voy. en sens contraire : Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.*: Colmet de Santerre, V, 142 *bis*, III ; Lair, *De la compensation*, p. 252.

[20] Pothier, n° 274. Toullier, VI, 732. Duranton, XII, 431. Larombière, III, art. 1294, n° 6. Colmet de Santerre, V, 142 *bis*, II. Desjardins, *op. et loc. citt.* Rouen, 30 juin 1810, Sir., 11, 2, 111. Cpr. aussi Civ. rej., 24 décembre 1834, Sir., 35, 1, 141.

Quant à la confusion, qui a bien moins pour effet d'éteindre l'obligation elle-même, que d'affranchir le débiteur de la poursuite, elle ne peut, de sa nature même, être opposée par les codébiteurs de celui du chef duquel elle s'est opérée, que pour sa part dans la dette commune. Art. 1209 et 1301.

3° *Des effets de la solidarité entre les codébiteurs et le créancier.*

Les effets de la solidarité passive découlent tous de ce double principe, que chacun des codébiteurs pris séparément est engagé envers le créancier d'une manière aussi complète et absolue que s'il était seul débiteur, et que, considérés dans leurs rapports collectifs avec le créancier, les codébiteurs sont tenus, les uns pour les autres et chacun pour tous, au total de la dette.

Chaque codébiteur solidaire étant tenu du total de la dette, comme s'il y était seul obligé, le créancier a le droit de s'adresser, pour le paiement intégral de sa créance, à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que ce dernier puisse lui opposer le bénéfice de division; et les poursuites faites pour le total de la dette contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'agir également contre les autres. Art. 1203 et 1204.

Il résulte encore de ce principe, que le créancier, qui serait devenu débiteur de l'un des codébiteurs solidaires, est autorisé à lui opposer la totalité de sa créance en compensation de sa dette.

Enfin, le même principe conduit à reconnaître, que le créancier qui, ayant reçu de l'un des codébiteurs des sûretés spéciales, ne les aurait pas conservées, ou qui même y aurait renoncé, n'encourrait pas, pour la part dont le débiteur est tenu dans la dette, la déchéance prononcée par l'art. 2037 [21].

De même que le créancier est autorisé à poursuivre l'un des codébiteurs pour le total de la dette, de même aussi, et réciproquement, il ne peut refuser le paiement intégral qui lui serait offert par un seul d'entre eux [22], ni repousser la compensation que l'un des codébiteurs lui opposerait de son chef pour la totalité de la créance [23].

[21] Voy. pour le développement de cette proposition, texte n° 5, et note 47 *infra*.

[22] Zachariæ, § 298, note 19 *in fine*. Bordeaux, 14 avril 1825, Sir., 26, 2, 171. Req. rej., 15 mars 1827, Sir., 27, 1, 378.

[23] Art. 1208, al. 1, et arg. *a cont.* art. 1294, al. 3.

Du reste, rien n'empêche que le débiteur, poursuivi seul par le créancier, ne mette ses codébiteurs en cause, pour les faire condamner envers lui au paiement de leur part dans la dette commune [24]. Les codébiteurs non poursuivis ont aussi la faculté d'intervenir dans l'instance [25].

Les codébiteurs solidaires, étant tenus les uns pour les autres et chacun pour tous au total de la dette, doivent par cela même être considérés, dans leurs rapports collectifs avec le créancier, comme se représentant réciproquement les uns les autres. Cette représentation, qui a lieu dans l'intérêt du créancier vis-à-vis des différents codébiteurs solidaires, existe également contre lui dans l'intérêt de ces derniers, le tout dans les limites et d'après les distinctions qui vont être indiquées.

Les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres, dans l'intérêt du créancier, pour tout ce qui est relatif à la conservation et à la poursuite de ses droits, de sorte que ce qui, sous ce rapport, a été fait avec ou par l'un d'eux, est censé fait avec ou par tous les autres.

De là découlent les conséquences suivantes.

a. Les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance de la dette, interrompent la prescription à l'égard de tous. Art. 1206 et 2249, al. 1.

b. Les actes d'exécution exercés contre l'un des défendeurs solidairement condamnés par défaut, empêchent, à l'égard de tous les autres, la péremption de ce jugement [26], sans cependant leur

[24] Arg. art. 1213, Code Nap., et 175, Code de proc. Duranton, XI, 215. Rodière, n° 132. Larombière, II, art. 1203, n° 4. Colmet de Santerre, V, 136 *bis*, II.

[25] Bordeaux, 19 août 1826, Dalloz, 1830, 2, 46.

[26] Le jugement par défaut rendu contre tous les codébiteurs solidaires forme par lui-même un titre parfait, tant qu'il n'a pas été frappé d'opposition : l'exécution dans les six mois n'est pas une condition de son efficacité, et la péremption, pour défaut d'exécution de ce délai, ne constitue qu'une déchéance du bénéfice de ce jugement, à laquelle doivent s'appliquer les dispositions des art. 1206 et 2249, alinéa 1er. Il ne s'agit, pour le créancier, que de conserver son titre et ses droits tels quels, en évitant cette déchéance, et nullement de se créer un nouveau titre, ou de donner à son titre une force qu'il n'avait pas. Merlin, *Rép.*, v° Présomption, sect. II, § 1, n° 12. Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest , 645. Boncenne, *Théorie de la procédure*, III, p. 69. Rodière, n° 116. Larombière, II, art. 1208, n° 6. Civ. cass., 7 décembre 1825, Sir., 26,

enlever la faculté d'y former opposition [27]. Le même effet doit être attaché à l'acquiescement donné par l'un des défendeurs à un pareil jugement [28].

c. La mise en demeure de l'un des codébiteurs produit son effet à l'égard de tous les autres, en ce sens que si, après cette mise en demeure, la chose qui forme l'objet de l'obligation vient à périr, quoique par cas fortuit ils restent tous solidairement obligés, envers le créancier, au paiement du prix de cette chose. Art. 1205, cbn. 1302.

d. La faute de l'un des débiteurs perpétue l'obligation même à l'égard des autres, de telle sorte qu'ils restent solidairement tenus, envers le créancier, au paiement du prix de la chose qui a péri par suite de cette faute. Art. 1205, cbn. 1302.

e. Enfin, quand une obligation solidaire a été contractée sous une clause pénale, la contravention de l'un des codébiteurs les soumet tous à l'application de la peine [29].

1, 207. Toulouse, 22 août 1826, 29 janvier 1827 et 8 décembre 1830, Sir., 27, 2, 63 et 222, 31, 2, 150. Paris, 27 mars 1827, Sir., 28, 2, 136. Paris, 14 août 1828, Sir., 29, 2, 134. Pau, 16 août 1837, Sir., 38, 2, 343. Civ. rej., 2 février 1841, Sir., 41, 1, 417. Bourges, 7 juillet 1842, Sir., 44, 2, 9. Caen, 14 mai 1849, Sir., 49, 2, 696. Bordeaux, 25 janvier 1858, Sir., 58, 2, 545. Req. rej., 9 août 1859, Sir., 60, 1, 470. Civ. rej., 3 décembre 1861, Sir., 62, 1, 155. Cpr. Req. rej., 2 mars 1853, Sir., 53, 5, 326. Voy. en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, I, 238; Troplong, *De la prescription*, II, 630; Limoges, 14 février 1822, Sir., 22, 2, 169; Nîmes, 28 novembre 1826, Sir., 27, 2, 61 ; Nîmes, 24 janvier 1829, Sir., 29, 2, 69 ; Amiens, 7 juin 1836, Sir., 36, 2, 499; Paris, 8 mai 1837, et 3 mai 1838, Sir., 38, 2, 343 ; Agen, 19 janvier 1849, Sir., 49, 2, 137.

[27] Cpr. texte et note 32 *infra*.

[28] Cette proposition se justifie par les raisons développées à la note 26 *supra*. Poitiers, 7 janvier 1830, Sir., 30, 2, 141. Bordeaux, 3 août 1833, Sir., 34, 2, 137. Civ. cass., 14 avril 1840, Sir., 40, 1, 491. Voy. en sens contraire : Caen, 14 décembre 1827, Sir., 28, 2, 144 ; Paris, 2 mars 1829, Sir., 29, 2, 226 ; Amiens, 7 juin 1836, Sir., 36, 2, 499.

[29] S'il en est autrement, aux termes de l'art. 1205, des dommages-intérêts dus, en l'absence de clause pénale, par suite de la faute de l'un des débiteurs, la raison en est que l'obligation de les payer est une obligation nouvelle, dont la cause se trouve uniquement dans la contravention du débiteur qui l'a commise. Au contraire, dans l'hypothèse d'une clause pénale, la contravention n'est qu'un événement qui donne ouverture à une obligation conditionnelle préexistante, stipulée accessoirement à l'obligation principale. Dumoulin, *Tract. de div. et ind.*, part. III, n° 126. Pothier, n° 273, *in fine*, et 356, *in fine*. Duranton, XI, 371. Larombière, II, art. 1205, n° 5. Colmet de Santerre, V, 139 *bis*, II.

Le principe d'après lequel les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres dans l'intérêt du créancier, n'ayant d'autre cause ou d'autre fondement que l'engagement qu'ils ont contracté envers lui, ne s'étend pas aux faits ou actes qui auraient pour résultat, soit de créer à leur charge des obligations nouvelles, soit de détériorer, sous un rapport quelconque, leur condition, telle que l'a faite le titre constitutif de l'engagement [30].

Il en résulte :

a. Que les dommages-intérêts dus à raison de la perte de la chose, arrivée par la faute de l'un des débiteurs, ou après la mise en demeure de l'un d'eux, ne peuvent être réclamés contre les autres. Art. 1205.

b. Que la transaction consentie par l'un des débiteurs, le jugement rendu contre l'un d'entre eux, le refus de l'un d'eux de prêter le serment déféré par le créancier, ou la prestation par ce dernier de celui que lui aurait déféré l'un des débiteurs, ne peuvent être opposés aux autres codébiteurs [31].

c. Que les actes d'exécution dirigés contre l'un des défendeurs condamnés solidairement par défaut, ne privent pas les autres de la faculté de former opposition au jugement [32].

d. Que la reconnaissance, par l'un des codébiteurs seulement, d'une dette soumise à une prescription de courte durée, quoique interruptive de cette prescription à l'égard de tous les autres, n'a pas pour effet, en ce qui les concerne, d'intervertir le titre même de la dette, pour y substituer une obligation nouvelle, prescriptible par trente années seulement [33].

[30] Pothier, *loc. cit.* Toullier, VI, 631. Duranton, XI, 217. Larombière, II, art. 1205, n° 1. Colmet de Santerre, V, 139 et 139 *bis*, I.

[31] Voy. sur la transaction : art. 2051, et § 421, texte et note 2 ; sur le jugement : art. 1351, et § 769, texte n° 2, lett. *a*, et note 42 ; sur le serment : § 753, texte n° 4, *in fine*, et texte n° 6, *in fine*.

[32] De ce que l'exécution du jugement par défaut, contre l'un des codébiteurs condamnés, suffit pour en empêcher la péremption à l'égard de tous, il n'en résulte pas qu'une pareille exécution soit suffisante pour les priver de la faculté individuelle, compétant à chacun d'eux, de former opposition à ce jugement. Voy. les autorités citées à la note 26 *supra* ; et Civ. cass., 25 mars 1861, Sir., 61, 1, 433.

[33] C'est évidemment à tort que la cour de Rouen a jugé le contraire, par arrêt du 5 mars 1842, Sir., 42, 2, 318.

Toutefois, et en vertu de la disposition exceptionnelle de l'art. 1207, la mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires d'une somme d'argent, fait courir les intérêts moratoires contre tous [34].

Les codébiteurs solidaires étant, à raison de la solidarité même, unis d'intérêt, quant à la dette commune, sont réputés mandataires les uns des autres, pour tout ce qui tend à améliorer leur condition vis-à-vis du créancier. Ainsi, ils sont tous admis à se prévaloir de la transaction conclue par l'un d'eux, du jugement qu'il a obtenu, du serment qu'il a prêté, et du refus du créancier de prêter celui qu'il lui a déféré [35], à supposer, bien entendu, que ces divers actes se rapportent à l'obligation commune, et non pas seulement à l'engagement de l'un des débiteurs [36].

4° *Des rapports des codébiteurs solidaires entre eux.*

Au point de vue des rapports des codébiteurs solidaires entre eux, la dette se divise au prorata de l'intérêt de chacun d'eux dans l'objet à raison duquel elle a été contractée ; et, comme cet intérêt est, jusqu'à preuve contraire, présumé égal, la division s'opère par portions viriles, à moins que cette preuve ne soit rapportée. Art. 1213.

Le codébiteur qui a payé au delà de sa part dans la dette commune, jouit pour cet excédant d'un recours contre ses codébiteurs. Il peut exercer ce recours, tant au moyen de l'action *mandati*, qu'en vertu de la subrogation légale aux droits et actions du créancier [37].

Il est autorisé à réclamer, au moyen de l'action *mandati*, non-seulement ce qu'il a payé au créancier en capital, intérêts et frais,

[34] Cette exception, que n'avaient admise, ni le Droit romain, ni l'ancienne jurisprudence française, est assez difficile à justifier. Les rédacteurs du Code paraissent avoir été amenés à l'établir par une fausse assimilation entre les effets de l'interruption de prescription, et ceux de la mise en demeure nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires. Quoique cette mise en demeure et l'interruption de prescription puissent quelquefois résulter du même acte, ce n'est pas une raison pour les assimiler sous le rapport de leurs effets : celle-ci ne tend qu'à la conservation de l'obligation originaire, tandis que la première impose au débiteur une obligation nouvelle.

[35] Cpr. § 421, texte et note 1 ; § 769, texte n° 2, lett. *a*, et note 42 ; § 753, texte n° 4, *in fine*, et texte n° 6, *in fine*.

[36] Cpr. Req. rej., 30 janvier 1827, Sir., 27, 1, 106.

[37] Cpr. 1° art. 1852, 1999 et 2028 ; 2° art. 1251, n° 3.

au delà de sa part personnelle, mais encore les intérêts de cet excédant, que la créance par lui soldée fût ou non productive d'intérêts [38]. La subrogation, au contraire, n'autorise pas le subrogé à réclamer des intérêts que le créancier lui-même n'aurait pas été fondé à exiger.

Soit qu'il agisse par l'action *mandati*, ou en vertu de la subrogation légale, le codébiteur solidaire ne peut exercer son recours contre ses codébiteurs que dans la proportion de la part pour laquelle chacun d'eux doit contribuer à la dette commune. Art. 1214, al. 1 [39]. Il en est ainsi, dans le cas même où il se serait fait conventionnellement subroger aux droits du créancier [40]. Si l'un des débiteurs se trouve insolvable, la perte résultant de son insolvabilité se répartit toujours, nonobstant toute subrogation même conventionnelle, entre les codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement. Art. 1214, al. 2.

Lorsqu'il est justifié que la dette solidaire n'a été contractée que dans l'intérêt d'un seul des codébiteurs, les rapports entre ce dernier et les autres codébiteurs sont régis par les règles du cautionnement. Art. 1216.

En dehors de cette dernière hypothèse, l'un des codébiteurs ne peut, même après l'échéance de l'obligation, et tant qu'il n'a pas payé ou qu'il n'est pas poursuivi, agir contre les autres, pour les contraindre à contribuer avec lui au paiement de la dette commune [41].

[38] Arg. art. 2001 et 2028. Lors même qu'on ne voudrait point admettre l'existence d'un véritable mandat, toujours serait-on forcé de reconnaître que, dans leurs rapports réciproques, les codébiteurs ne sont que cautions les uns des autres, pour tout ce qui excède la part de chacun d'eux dans la dette. Delvincourt, II, p. 503. Duranton, XI, 245. Larombière, II, art. 1214, n° 7. Colmet de Santerre, V, 147 *bis*, II. Zachariæ, § 298, texte et note 33. Bordeaux, 16 juillet 1830, Sir., 30, 2, 361.

[39] Cette disposition ne s'applique pas plus au tiers détenteur d'un fonds hypothéqué, qu'elle ne s'applique à la caution qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires. Art. 2030. De même que cette dernière, le premier n'est pas tenu de la dette pour son propre compte. Cpr. art. 2178. Zachariæ, § 298, texte et note 28. Req. rej., 27 février 1816, Sir., 16, 1, 436.

[40] Arg. art. 875. Voy. les autorités citées au § 321, note 82.

[41] *Nec obstat*, art. 2032 : *Non est eadem ratio*. L'engagement solidaire est, dans le cas où tous les coobligés doivent contribuer au paiement de la dette, un acte intéressé, tandis que de sa nature le cautionnement n'a pas ce caractère.

5° Des causes qui font cesser la solidarité, ou qui en modifient les effets.

Une obligation solidaire devient simplement conjointe, quand le créancier consent à diviser la dette entre tous les codébiteurs. Lorsqu'il se borne à décharger de la solidarité l'un des débiteurs, l'obligation reste solidaire à l'égard des autres, mais avec les deux restrictions suivantes :

Si le créancier a reçu du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité, le paiement de la part de ce dernier dans la dette, il ne conserve son action solidaire contre les autres que déduction faite de cette part. Art. 1210 [42].

Le créancier, qu'il ait ou non reçu du débiteur déchargé le paiement d'une partie de la dette, est obligé de supporter personnellement la portion pour laquelle ce débiteur eût été tenu de contribuer aux parts des insolvables, de telle sorte qu'il ne peut agir contre les autres débiteurs que sous la déduction de cette portion. Art. 1215 [43].

On ne saurait dès lors étendre au codébiteur solidaire un bénéfice que l'art. 2032 n'accorde qu'à la caution. Riom, 18 août 1840, Sir., 40, 2, 419. Voy. en sens contraire : Rodière, n° 131 ; Larombière, II, art. 1216, n° 3.

[42] L'art. 1210, qui statue sur la décharge expresse de la solidarité, suppose, comme l'art. 1211, qui s'occupe de la décharge tacite, que le débiteur n'a été déchargé que moyennant le paiement de sa part dans la dette. Le créancier qui a déchargé de la solidarité un débiteur dont il n'a rien reçu, conserve, sans restriction, son action solidaire contre les autres débiteurs, et une action partielle contre le débiteur déchargé. Il en serait cependant autrement, s'il n'y avait pas simple décharge de la solidarité, mais remise de la dette elle-même au profit exclusif de l'un des codébiteurs. Dans ce cas, le créancier perdrait toute action contre le débiteur déchargé, et ne conserverait que sous la déduction de la part de ce dernier, son action solidaire contre les autres débiteurs, qui, par le fait du créancier, ne peuvent plus avoir de recours à exercer contre le débiteur déchargé. Telle était l'espèce de l'arrêt du 30 novembre 1819 (Civ. cass., Sir., 20, 1, 115). Cpr. art. 1215. Pothier, n°s 275 et 277. Delvincourt, II, p. 510. Duranton, XI, 224 et 231. Larombière, II, art. 1210, n° 7. Zachariæ, § 298, texte et note 27. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1210 ; Rodière, n° 145 ; Colmet de Santerre, V, 144 *bis*, II, III et IV.

[43] L'art. 1215 dit bien que la part du débiteur insolvable doit être contributoirement répartie entre tous les codébiteurs solvables, même entre ceux qui ont été précédemment déchargés de la solidarité. Mais il ne faut pas croire que cette opération ait pour but de faire supporter à ces derniers les conséquences d'une insolvabilité dont ils n'ont plus à répondre, puisque, par la décharge de la solidarité, consentie sans aucune réserve, ils sont devenus débiteurs simple-

Quoique la remise de la solidarité ne se présume pas en règle générale, le créancier est cependant censé la consentir dans les trois hypothèses suivantes :

Lorsqu'en recevant de l'un des débiteurs une somme égale à la portion dont ce dernier est tenu, il lui délivre quittance pour sa part. Art. 1211, al. 2.

Lorsque la demande formée contre l'un des débiteurs pour sa part a été suivie de l'acquiescement de ce débiteur ou d'un jugement de condamnation. Art. 1211, al. 3.

Enfin, lorsque, pendant dix années consécutives, le créancier a reçu divisément de l'un des codébiteurs sa part dans les arrérages ou intérêts de la dette. Art. 1212 [44].

Les faits, qui, dans ces trois hypothèses, entraînent décharge de la solidarité, cessent de la produire, si le créancier a réservé la solidarité ou ses droits en général [45]. Ils n'opèrent, d'ailleurs,

ment conjoints, et que, dès lors, ils ne sont plus tenus au delà de leurs parts dans la dette. Si l'art. 1215 ordonne la répartition de la part du débiteur insolvable entre tous les débiteurs solvables sans exception, c'est uniquement pour indiquer que le créancier ne conserve son action solidaire contre les débiteurs non déchargés, que sous la déduction des portions contributoires des débiteurs déchargés, portions dont les premiers cessent d'être tenus, parce que, par le fait du créancier, ils ne peuvent plus avoir à cet égard de recours à exercer contre les seconds. Pothier, n° 275. Delvincourt, II, p. 510. Toullier, VI, 739. Duranton, XI, 231. Rodière, n° 138. Larombière, II, art. 1215, n° 2. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1215 ; Colmet de Santerre, V, 150 *bis*, I.

[44] Il faut, en outre, remarquer que, toutes les fois que le créancier reçoit de l'un des codébiteurs la portion dont il est tenu dans les intérêts ou arrérages de la dette, et lui délivre, sans faire de réserves, une quittance pour sa part, il est censé remettre à ce débiteur la solidarité pour les intérêts et arrérages qu'il a reçus divisément. C'est de cette manière que doivent être entendues les expressions *pour les arrérages ou intérêts échus*, dont se sert l'art. 1212. La remise de la solidarité étant la conséquence de la quittance donnée au débiteur pour sa part, cette remise ne peut évidemment s'appliquer qu'aux intérêts ou arrérages compris dans la quittance. Si, par exemple, trois années d'intérêt sont échues, et que le créancier reçoive divisément, sans faire de réserves, les intérêts de la première, il ne perd la solidarité que pour les intérêts de celle-ci, et non pour ceux des deux autres. Delvincourt, II, p. 511. Duranton, XI, 256. Colmet de Santerre, V, 146 *bis*.

[45] Lorsque la quittance délivrée à l'un des débiteurs ou la demande formée contre lui, pour sa part, est accompagnée des réserves du créancier, ces réserves doivent nécessairement l'emporter sur la conséquence qu'on voudrait tirer des expressions *pour sa part*. Arg. art. 1211, al. 2 et 3, cbn. al. 1. Pothier, n° 277.

qu'une décharge individuellle au profit de celui des débiteurs qu'ils concernent, et laissent subsister l'action solidaire contre les autres débiteurs. Art. 1211, al. 1, et arg. de cet article.

Le décès de l'un des débiteurs solidaires, qui laissent plusieurs héritiers, ne fait pas cesser la solidarité : mais elle en modifie les effets, en ce sens que la dette, bien que restant, d'une manière absolue, solidaire quant aux débiteurs originaires, se divise entre les héritiers du débiteur décédé, dans la proportion de leurs parts héréditaires. Chacun des héritiers n'est obligé envers le créancier que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, mais pour cette part, il demeure solidairement obligé avec chacun des débiteurs originaires [46]. Il en résulte, d'une part, que l'interpellation faite à l'un de ces derniers, ou sa reconnaissance de la dette, interrompt la prescription à l'égard de chacun des héritiers, pour la part dont il est tenu envers le créancier, et que l'interpellation faite à l'un des héritiers, ou sa reconnaissance de la dette interrompt la prescription vis-à-vis de tous les codébiteurs originaires, pour la part dont il est tenu, mais ne l'interrompt que pour cette part. Il en résulte, d'un autre côté, que l'interpellation faite à l'un des héritiers, ou sa reconnaissance de la dette, ne produit aucun effet par rapport à ses cohéritiers. Art. 2249.

Des règles analogues s'appliquent à la faute ou à la mise en demeure de l'un des débiteurs originaires, ou de l'un des héritiers d'un débiteur décédé.

La déchéance prononcée par l'art. 2037 contre le créancier qui, par son fait, a rendu impossible la subrogation de la caution au bénéfice des sûretés fournies pour le débiteur, ne s'applique point au créancier d'une obligation solidaire. Ce dernier conserve, malgré sa renonciation aux sûretés données par l'un des débiteurs, son action solidaire contre les autres pour le total de sa créance [47],

Duranton, XI, 234. Dans la troisième hypothèse, les réserves du créancier s'opposent également aux inductions que l'on voudrait tirer de la réception d'un paiement divisé pendant dix années consécutives ; c'est ce que dit formellement l'art. 1212.

46 Pothier, n° 288. Toullier, VI, 747. Duranton, XI, 378 et 565.

47 L'art. 2037 consacrant une véritable déchéance, le caractère de la disposition qu'il renferme ne permet pas de l'étendre, par voie d'analogie, aux débiteurs solidaires. Cette extension se trouve d'ailleurs repoussée par la nature différente de l'engagement de la caution et de celui des débiteurs solidaires. La caution ne s'engage pas pour elle-même, et en raison d'un intérêt personnel

à moins qu'il n'ait agi avec une intention de malveillance, ou dans un but de spéculation déloyale, auxquels cas il pourrait, en vertu

dans la dette. Lors donc qu'elle garantit le paiement d'une obligation pour laquelle le débiteur principal a fourni d'autres sûretés, on peut et on doit présumer qu'elle n'a entendu s'engager qu'en contemplation de ces sûretés, et dans l'espérance de pouvoir, au moyen de la subrogation aux droits du créancier, récupérer les sommes payées en l'acquit du débiteur principal. Le codébiteur solidaire, au contraire, s'engage pour lui-même, et par un motif qui, au regard du créancier du moins, doit être réputé intéressé. Si, indépendamment de la solidarité, ce dernier a exigé ou obtenu de l'un des codébiteurs solidaires des sûretés accessoires, cette circonstance n'est plus de nature à faire présumer que c'est en vue de ces sûretés que les autres codébiteurs ont consenti la solidarité. On doit bien plutôt admettre que la cause impulsive de l'engagement solidaire se trouve dans l'intérêt particulier des diverses personnes qui l'ont contracté. Vainement objecterait-on que la subrogation légale établie, par le n° 3 de l'art. 1251, au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter, impose virtuellement au créancier l'obligation de conserver les sûretés attachées à sa créance. En effet, il est historiquement certain que l'admission de la subrogation légale a eu pour unique objet de dispenser ceux au profit desquels elle a été établie de requérir la cession d'actions. Cpr. Pothier, *Des obligations*, n° 557; *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 370, n° 129). D'un autre côté, l'obligation éventuelle où peut se trouver le créancier de céder ses actions, n'emporte pas de sa nature la nécessité, pour ce dernier, de conserver les sûretés attachées à sa créance. Tout ce qu'on peut rationnellement en conclure, c'est qu'il ne doit pas se placer dans l'impossibilité d'effectuer la cession d'actions, en renonçant à sa créance elle-même. Quant aux sûretés accessoires, le créancier n'est tenu de les céder que telles qu'il les possède au moment du paiement fait entre ses mains, sans qu'on puisse, sur le seul fondement du bénéfice de cession d'actions, et indépendamment de toute autre considération, lui opposer une déchéance quelconque en raison de la diminution ou de la perte de ces sûretés. Le Droit romain admit, il est vrai, une modification à ces principes en faveur du *mandator credendæ pecuniæ* et du *fidejussor indemnitatis*, auxquels il permettait de repousser l'action du créancier qui avait perdu, par son fait ou par sa négligence, les sûretés attachées à sa créance. Cette modification, que justifiait parfaitement la nature particulière des engagements du *mandator credendæ pecuniæ* et du *fidejussor indemnitatis*, fut ensuite, sous notre ancienne jurisprudence, étendue par des motifs d'équité, dont la valeur est à certains égards contestable, non-seulement à toute caution indistinctement, mais encore au codébiteur solidaire, et même au tiers détenteur, pour le cas, du moins, où le créancier s'était, par un fait positif de sa part, mis hors d'état de céder les sûretés primitivement constituées en sa faveur. Cpr. Dumoulin, *Tract. de usuris*, quest. 89, n°s 680 et suiv.; Loiseau, *Du déguerpissement* liv. II, chap. VIII, n°s 15 et suiv.; Pothier, *De l'hypothèque*, chap. II, art. 2, § 6, et *Coutume d'Orléans*, titre XX, n°s 42 et suiv. Tel n'est plus, à notre sentiment,

de l'art. 1382, être déclaré déchu vis-à-vis des autres débiteurs, jusqu'à concurrence de la part de celui qui avait fourni les sûretés auxquelles il a renoncé.

§ 299.

III. *Des obligations positives et des négatives.* — IV. *Des obligations personnelles et des réelles.* — V. *Des obligations de donner et de celles de faire ou de ne pas faire.*

A. Les obligations positives sont celles qui imposent au débiteur, la nécessité de donner ou de faire quelque chose.

Les obligations négatives sont celles en vertu desquelles le débiteur est tenu de ne pas faire quelque chose. Art. 1101.

B. On appelle obligations réelles, celles dont le débiteur n'est pas tenu personnellement et sur son patrimoine, et qui ne pèsent sur lui que comme possesseur de certaines choses ou de certains

le système du Code Napoléon. D'une part, le rapprochement des art. 2029 et 2037 indique que les rédacteurs de ce Code n'ont point regardé la subrogation légale établie par le premier de ces articles en faveur de la caution, comme emportant nécessairement, et par elle-même, l'obligation pour le créancier de conserver ses sûretés accessoires. Dans cette supposition, en effet, la disposition de l'art. 2037 serait devenue inutile. D'un autre côté, la combinaison des art. 2037 et 1285 démontre que, si les rédacteurs du Code ont considéré la position de la caution comme assez favorable pour l'affranchir de son obligation, lorsque la subrogation aux hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus s'opérer par le fait de ce dernier, ils n'ont pas pensé que la même faveur dût s'attacher à la position du codébiteur solidaire. Bien loin d'établir à son profit une disposition analogue à celle de l'art. 2037, ils n'ont, dans l'art. 1285, prononcé de déchéance partielle contre le créancier, que pour le cas où il aurait renoncé à sa créance elle-même à l'égard de l'un des codébiteurs. Voy. dans ce sens : Troplong, *Du cautionnement*, n° 534 et suiv. ; Gauthier, *De la subrogation*, n° 506 ; Larombière, II, art. 1208, n° 4; Caen, 30 mars 1833, Sir., 35, 1, 338; Toulouse, 19 mars 1842, Sir., 43, 2, 185 ; Req. rej., 5 décembre 1843, Sir., 44, 1, 71 ; Riom, 2 juin 1846, Sir., 46, 2, 370 ; Dijon, 30 avril 1847, Sir., 47, 2, 602 ; Bordeaux, 14 février 1849, Sir., 49, 2, 500 ; Paris, 8 mars 1851, Sir., 51, 2, 427 ; Bourges, 10 juin 1851, Sir., 51, 2, 681; Req. rej., 13 janvier 1852, Sir., 52, 1. 104 ; Nîmes, 14 novembre 1855, Sir., 56, 2, 335 ; Civ. rej., 3 avril 1861, Sir., 61, 1, 586. Cpr. Troplong, *Du cautionnement*, n° 563. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Solidarité, § 5 ; Toullier, VII, 172 ; Duranton, XVIII, 382, à la note ; Mourlon, *Des subrogations*, p. 480 et 514 ; Rodière n° 154; Héan, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 29. — Zachariæ paraît émettre sur la question deux solutions contradictoires. Cpr. § 298, note 30 ; § 428, note 3.

biens. Telles sont les obligations que la loi impose au propriétaire en cette qualité. Voyez art. 646, 656, 663. Telles sont encore toutes les obligations correspondant à des droits réels, ou à des droits personnels susceptibles d'être poursuivis contre des successeurs même à titre particuliers ; par exemple, l'obligation imposée au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, de payer ou de délaisser ; et celle en vertu de laquelle l'acquéreur d'un immeuble loué peut, le cas échéant, être tenu de respecter le bail. Art. 2168 et 1743.

Les obligations personnelles sont, au contraire, celles dont le débiteur est tenu personnellement et, par suite, sur son patrimoine tout entier[1]. Art. 2192.

C. Les obligations de donner sont celles qui ont pour objet, soit le paiement de sommes d'argent ou d'autres choses ayant, d'après la convention, le caractère de choses fongibles[2], soit la livraison d'une chose dont le créancier est autorisé à demander la mise en possession, en vertu d'un titre qui lui a conféré un droit réel sur cette chose, ou d'après lequel il doit en devenir propriétaire[3]. Telle

[1] Cpr. sur cette distinction : Toullier, III, 344 et suiv. ; Zachariæ, § 299.

[2] Nous ne nous occuperons pas davantage de cette classe d'obligations de donner, tout ce qui concerne le paiement devant être développé aux §§ 316 et suiv.

[3] L'obligation de *donner* (*dare oportere*) suppose essentiellement un titre qui, d'après l'intention des parties, ou la disposition de la loi, doit rendre le créancier propriétaire de la chose formant l'objet de ce titre, ou lui faire acquérir un droit réel sur cette chose : c'est ce qui résulte à l'évidence de la combinaison des art. 1136 et 1138. Quant à l'obligation de *livrer* ou de *délivrer* une chose, elle n'est de sa nature que *secondaire*, et peut procéder, soit d'une obligation de donner (art. 1136), soit d'une obligation de faire : elle emprunte son caractère à l'engagement principal d'où elle dérive, et n'est, par conséquent, qu'une obligation de faire quand l'engagement auquel elle se rattache, n'est lui-même qu'un engagement de faire. C'est ainsi, par exemple, que l'obligation du bailleur de délivrer au preneur la chose louée, n'est, comme son obligation principale d'en *faire jouir* celui-ci (art. 1709), qu'une obligation de faire. Voy. en ce sens : Duranton, X, 389 ; Colmet de Santerre, V, 52 *bis*, I. Cpr. cep. Demolombe, XXIV, 396 ; Zachariæ, § 299, texte à la note 3. — M. Larombière (I, p. 369 et suiv.) développe, sur cette matière, une théorie qui nous paraît aussi erronée dans son point de départ que dans les applications auxquelles elle le conduit. Le critérium par lequel on doit, d'après cet auteur, distinguer les obligations de donner de celles de faire, se trouverait bien moins, dans la nature du droit que le titre de l'obligation confère au créancier, que dans le mode d'exécution qu'elle comporte. Selon lui, toute obligation, susceptible d'être exécutée *manu militari*, par la mise en possession de la chose qui en forme l'objet, est une obligation

est, en particulier, l'obligation du vendeur de livrer la chose vendue; et cela, au cas même où elle n'est déterminée que dans son espèce. Telle est encore l'obligation résultant d'un traité par lequel un éditeur se serait engagé envers un libraire à lui livrer, pendant un certain temps, et moyennant un prix déterminé, tous les exemplaires d'un livre qu'il lui demanderait[4].

Les obligations de faire ou de ne pas faire sont toutes celles qui ont pour objet, soit l'accomplissement d'un fait autre qu'une livraison à effectuer en vertu d'une obligation de donner, soit l'omission d'un fait quelconque. On doit donc ranger dans la classe des obligations de faire, celles qui consistent dans la délivrance d'une chose sur laquelle le créancier n'aura à exercer qu'un droit personnel de jouissance ou d'usage, et spécialement l'obligation de délivrance qui incombe au bailleur ou au commodant[5].

La délivrance qui doit avoir lieu en exécution d'une obligation de donner s'appelle plus spécialement *tradition*, et s'accomplit de la manière indiquée aux articles 1604 et suivants et 1689. Quant à la délivrance qui se rattache à une obligation de faire, le mode d'accomplissement en est déterminé par les règles spéciales à la convention d'où résulte cette obligation[6].

de donner; et de la thèse ainsi posée, il conclut : d'une part, que l'obligation de délivrance qui résulte du louage, du commodat, ou de l'antichrèse, est une véritable obligation de donner; d'autre part, que les obligations de cette nature emportent toutes le *jus in re* et l'*action réelle*. Cette thèse, peu juridique en elle-même, puisqu'il n'est pas rationnel de faire dépendre la nature et les effets directs ou immédiats d'une obligation, des moyens ou voies d'exécution forcée, plus ou moins directs et matériels, qu'elle comporte, conduirait à des conséquences manifestement inadmissibles. Pour le prouver, il suffira de faire remarquer, en ce qui concerne l'obligation du bailleur, que si c'était là une véritable obligation de donner, à laquelle fût par conséquent applicable l'art. 1138, il faudrait décider que la perte par cas fortuit de la chose louée, soit avant, soit après sa délivrance au preneur, est à la charge de celui-ci, comme la perte de la chose faisant l'objet d'un droit d'usufruit, constitué ou cédé à titre onéreux, est à la charge de l'acquéreur, et qu'ainsi le preneur resterait, malgré la perte de la chose louée, tenu dans l'avenir au paiement des loyers, et ne pourrait, en tout cas, répéter ceux qu'il aurait payés par anticipation. Or, nous ne pensons pas que M. Larombière veuille admettre une pareille solution.

[4] Req. rej., 21 mai 1855, Sir., 57, 1, 39.

[5] Voy. note 3 *supra*.

[6] Ainsi, l'obligation de délivrer qui incombe au bailleur d'une maison, n'est pas censée remplie, comme celle du vendeur, par le seul fait de la remise des clefs

Lorsque l'obligation de délivrance se rapporte à une chose déterminée dans son individualité, elle emporte celle de veiller, jusqu'à la livraison, à la conservation de la chose, en y apportant les soins d'un bon père de famille. Art. 1136 et 1137[7].

L'obligation de délivrance, portant sur une chose déterminée dans son individualité et qui se trouve en la possesion du débiteur, est susceptible d'exécution directe et matérielle, en ce que le créancier peut toujours demander l'accomplissement de l'obligation elle-même, et doit être autorisé à se mettre, avec le secours de la force publique (*manu militari*), en possession de la chose qui en forme l'objet[8].

Sous ce rapport, comme en ce qui concerne l'application des art. 1136 et 1137, il n'y a pas de différence à établir entre l'obligation de délivrance procédant d'une obligation de donner et celle qui se rattache à une obligation de faire[9].

Lorsque l'obligation de livrer porte sur une chose déterminée seulement dans son espèce, le créancier doit, s'il le demande, être

(cpr. art. 1635) : le preneur a droit à une mise en possession réelle. Arg. art. 1719, al. 1 et 3. Ainsi encore, le bailleur est tenu de livrer la chose louée en bon état de réparations de toute espèce (art. 1720), tandis que le vendeur est libéré de son obligation en livrant la chose vendue dans l'état où elle se trouvait au moment de la vente. Art. 1614. C'est à tort que Zachariæ (§ 299, note 9, *in principio*) enseigne que les règles sur la délivrance, en matière de vente, doivent être étendues à tous les cas où il existe une obligation de délivrance.

[7] Cpr. sur l'étendue de cette obligation, et en général sur la prestation des fautes : § 308, n° 2.

[8] Si l'art. 1136 dit que l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, *à peine de dommages-intérêts*, ce n'est pas pour dénier au créancier le droit d'exiger l'accomplissement de l'obligation même, lorsque la chose existe encore, mais pour indiquer que, dans ce cas, il pourra demander, avec la livraison de la chose, des dommages-intérêts, à raison des détériorations qu'elle aurait subies par faute du débiteur, ou du retard apporté à la livraison. Delvincourt, II, p. 527. Larombière, I, art. 1137, n° 4. Colmet de Santerre, V, 53. Demolombe, XXIV, 399. Zachariæ, § 299, note 9, *in fine*.

[9] En effet, la chose due pouvant, dans l'une de ces hypothèses comme dans l'autre, être délivrée sans l'intervention personnelle du débiteur, le créancier a le droit de s'en faire mettre en possession, qu'elle soit ou non devenue sa propriété par l'effet de la convention. Duranton, X, 394. Demolombe, XXIV, 507. Colmar, 8 mai 1845, Sir., 47, 2, 117.

autorisé à se la procurer aux frais du débiteur [10], à moins qu'il ne s'agisse de denrées ou marchandises ayant un cours certain, auquel cas le juge pourrait se borner à lui allouer des dommages-intérêts, représentant la différence entre le prix d'achat et le cours des objets achetés au jour fixé pour la livraison.

Quant au mode de contrainte ou d'exécution forcée que peuvent comporter les obligations de faire, il faut, pour le déterminer, distinguer entre les obligations dont l'accomplissement exige l'action personnelle du débiteur lui-même, et celles qui sont susceptibles d'être exécutées sans sa participation ou son intervention.

Le débiteur d'une obligation de la première espèce ne peut être personnellement contraint à l'exécuter. En cas de refus de sa part de l'accomplir, elle se résout en dommages-intérêts [11]. *Ad factum nemo præcise cogi potest* [12]. Art. 1142.

Les dommages-intérêts dus par suite du refus du débiteur d'accomplir son obligation ne peuvent être alloués que sous forme de condamnation au paiement d'une somme fixe, et déterminée une fois pour toutes. Le juge qui, en pareille circonstance, condamnerait le débiteur à exécuter son obligation sous la contrainte de dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard, violerait la disposition de l'art. 1142.

Mais, au cas de simple retard apporté à l'exécution d'une obligation de faire, dont le débiteur ne refuserait pas l'accomplissement, le juge pourrait, en donnant à ce dernier un délai pour l'accomplir, le condamner à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard, à la condition de limiter à un temps déterminé

---

10 Toullier, VII, 64. Demolombe, XXIV. Req. rej., 21 mai 1855, Sir., 57, 1, 39. C'est évidemment à tort que la Cour de Bruxelles a jugé le contraire, par arrêt du 9 janvier 1809 (Sir., 10, 2, 532).

11 Il ne faut pas conclure de là. que toute obligation de faire ou de ne pas faire constitue une obligation alternative. Le paiement des dommages-intérêts ne peut être considéré comme une exécution de l'obligation, mais seulement comme la compensation de son inexécution. Duranton, X, 458 et 459. Larombière, I, art. 1142, n° 2. Demolombe, XXIV, 490.

12 Cette maxime juridique signifie que, non-seulement le débiteur ne peut pas être directement forcé, par des moyens de contrainte personnelle, à l'accomplissement d'une obligation de faire, mais encore qu'il est interdit au juge de l'y contraindre indirectement, en prononçant contre lui des condamnations pécuniaires excédant la mesure des dommages-intérêts qui peuvent être dus au créancier aux termes de l'art. 1149. Demolombe, XXIV, 494.

l'effet de cette condamnation, et sous la réserve de statuer définitivement à l'expiration de ce temps [13].

Quant une obligation a pour objet un fait susceptible d'être exécuté par un tiers, et sans l'intervention personnelle du débiteur, le juge peut, ou bien autoriser le créancier, qui le demande, à la faire exécuter lui-même aux dépens du débiteur [14], ou bien condamner celui-ci à l'exécuter dans un délai donné, sous peine de dommages-intérêts fixés à raison de tant par jour de retard [15], ou enfin prononcer contre lui une condamnation définitive au paiement d'une somme fixe et déterminée. Art. 1144.

Les condamnations à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard, prononcées dans l'une ou l'autre des hypothèses ci-dessus indiquées, ne sauraient être considérées comme simplement comminatoires, et doivent être exécutées dans les termes et les conditions établis par le jugement de condamnation, sans que le juge soit admis à les rapporter ou à les modifier [16].

[13] Voy. sur la distinction qu'il convient de faire, quant à la forme sous laquelle peuvent être alloués les dommages-intérêts, suivant qu'ils sont adjugés pour refus d'exécuter une obligation de faire, ou pour simple retard dans l'exécution d'une pareille obligation : Demolombe, XXIV, 495 à 497; Civ. rej., 26 juillet 1854, Sir., 55, 1, 33 ; Req. rej., 25 mars 1857, Sir., 57, 1, 267 : Civ. rej., 16 février 1859, Sir., 59, 1, 592 ; Req. rej., 8 novembre 1864, Sir., 65, 1, 319 ; Paris, 4 juillet 1865, Sir., 65, 2, 233 ; et la dissertation à la suite de ce dernier arrêt.

[14] La rédaction de l'art. 1144 indique suffisamment que le juge n'est pas nécessairement obligé d'adjuger au créancier les conclusions par lesquelles il demanderait l'autorisation de faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur : il peut, s'il l'estime convenable, se borner à lui allouer des dommages-intérêts. Larombière, I, art. 1144, n° 7. Zachariæ, § 299, note 6. Req. rej., 20 décembre 1820, Sir., 21, 1, 428. Lyon, 29 avril 1853, Sir., 53, 2, 347. Civ. rej., 19 mars 1855, Sir., 55, 1, 648. Lyon, 14 juin 1860, Sir., 61, 2, 163. Voy. en sens contraire : Demolombe, XXIV, 503 à 506.

[15] Ce mode de condamnation est celui que les tribunaux adoptent d'ordinaire quand ils ordonnent, soit la restitution d'objets indûment retenus par l'une des parties, soit l'exécution de certains travaux, ou la production d'un acte de ratification ou d'une mainlevée hypothécaire. Cpr. les arrêts cités à la note 13 *supra*.

[16] Demolombe, XXIV, 496. Civ. rej., 24 janvier 1865, Sir., 65, 1, 84. Voy. cep. Req. rej., 28 décembre 1824, Sir., 25, 1, 165 ; Civ. rej., 4 juillet 1834, Sir., 35, 1, 39 ; Req. rej., 22 novembre 1841, Sir., 42, 1, 170 ; Montpellier, 1er avril 1862, Sir., 62, 2, 335.—Cpr. sur l'effet de l'appel de jugements prononçant une pareille condamnation : Bordeaux, 6 février 1856, Sir., 56, 2, 701, Civ. rej., 24 janvier 1865, Sir., 65, 1, 84; Rouen, 18 novembre 1868, Sir., 69, 2, 256.

Si, toutefois, il était question d'une obligation dont l'exécution exigeât l'action personnelle du débiteur, celui-ci serait toujours admis à arrêter l'effet d'une condamnation à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard, en déclarant qu'il ne peut ou ne veut plus exécuter cette obligation, et en provoquant le règlement définitif des dommages-intérêts en une somme fixe [17].

Les obligations de ne pas faire se résolvent, de leur nature, en dommages et intérêts, au cas de contravention de la part du débiteur. Art. 1142. Toutefois, lorsqu'il est possible de détruire ce qui a été fait au mépris d'une pareille obligation, le créancier a le droit d'en exiger la suppression, et peut à son choix demander, ou que le débiteur soit condamné à opérer cette suppression dans un délai donné, à peine de dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard, ou bien à être autorisé à la faire effectuer aux dépens du débiteur; le tout, sans préjudice aux dommages-intérêts qui pourraient lui être dus. Art. 1143.

§ 300.

VI. *Des obligations simples ou composées, sous le rapport de la prestation qui en forme l'objet.*

Une obligation est simple ou composée, suivant que la prestation porte, soit sur un objet unique ou sur un ensemble d'objets envisagés collectivement, soit sur plusieurs objets considérés comme indépendants les uns des autres [1].

Si plusieurs prestations, distinctes les unes des autres, se trouvaient dues, même en vertu d'un titre unique, il y aurait autant

[17] Demolombe, XXIV, 497. Cpr. Angers, 14 décembre 1855, et Req. rej., 25 mars 1857, Sir, 57, 1, 267. C'est à tort, à notre avis, que M. Demolombe critique ces deux arrêts, qui laissent peut-être à désirer sous le rapport de leur rédaction, mais qui nous semblent bien rendus au fond, puisque, dans l'espèce sur laquelle ils ont statué, il n'était pas question d'une obligation exigeant pour son accomplissement le fait personnel du débiteur.

[1] Ainsi, lorsque je promets de livrer mon cheval et mon bœuf, l'obligation est composée : mais elle est simple, lorsque je m'engage à livrer tous mes bestiaux. Par la même raison, l'obligation de rembourser un capital avec intérêts, n'est pas une obligation composée, mais une obligation simple. Cpr. Toullier, VI, 686 à 688: Larombière, II, art. 1189, nos 2 et 3; Zachariæ, § 300, texte et note 1re.

d'obligations simples que de prestations, et non une seule obligation composée [2].

L'obligation composée peut être conjonctive ou alternative.

Une obligation est conjonctive, lorsque le débiteur doit simultanément chacun des objets sur lesquels porte la prestation, de sorte qu'il ne peut se libérer que par un paiement comprenant tous ces objets. L'obligation conjonctive doit être assimilée à l'obligation simple, en ce qui concerne l'indivisibilité du paiement et les conséquences attachées à l'inexécution de l'engagement [3].

Une obligation est alternative, lorsque le débiteur n'est tenu des diverses prestations qui en forment l'objet, que séparément, et en ce sens qu'il sera libéré au moyen de l'accomplissement d'une seule d'entre elles. Art. 1189 et 1195. Le choix entre ces diverses prestations appartient de droit au débiteur, lorsqu'il n'a pas été expressément accordé au créancier. Art. 1190.

Mais le débiteur ne peut se libérer que par l'accomplissement intégral de l'une des prestations, et non par un accomplissement partiel des unes et des autres. Art. 1191. Ce principe doit même être appliqué dans le cas où le débiteur a laissé plusieurs héritiers, ainsi que dans l'hypothèse où il existe plusieurs débiteurs [4].

Réciproquement, le créancier auquel a été déféré le choix à faire entre les différentes prestations comprises dans l'obligation, ne peut réclamer que l'accomplissement intégral de l'une d'entre elles, et non l'accomplissement partiel de toutes à la fois [5].

Du reste, s'il s'agissait de prestations annuelles, portant sur des objets dus sous une alternative, le choix à faire entre ces objets, par le débiteur ou par le créancier, pourrait s'exercer chaque année d'une manière différente [6].

[2] C'est en ce sens que doit être entendue la loi 29, *pr.*, D. *de V. O.* (45.1) : *Tot sunt stipulationes quot species.*

[3] Larombière, II, art. 1189, n° 5.

[4] L. 15. D. *de leg*, 2° (30). Duranton, XI, 139. Colmet de Santerre, V, 118 *bis*, I. Zachariæ, § 300, note 5.

[5] Duranton, XI, 138 et 139. Larombière, II, art. 1191, n° 2. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Zachariæ, § 300, texte et note 6.

[6] Dans ce cas, en effet, il y a autant d'obligations distinctes que d'années. L. 21, § 6, D. *de act. empt. vend.* (19, 1). Toullier, VI, 693. Duranton, XI, 140 et 141. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 464. Larombière, II, art. 1190, n° 7.

Il ne faut pas confondre l'obligation alternative avec l'obligation facultative. Cette dernière est celle qui, bien que portant sur un seul objet, donne au débiteur la faculté de se libérer en remplaçant cet objet par un autre [7]. L'obligation facultative diffère donc essentiellement de l'obligation alternative, en ce que dans la première il n'est dû qu'un seul objet, tandis que la seconde en comprend plusieurs. L'objet accessoire, au moyen duquel le débiteur d'une obligation facultative est autorisé à se libérer, ne peut être considéré comme compris dans cette obligation, à laquelle il se trouve seulement adjoint pour la facilité du paiement. *Non est in obligatione, sed adjectus tantum solutionis gratia.* De là, découlent les conséquences suivantes :

a. Pour déterminer le caractère d'une obligation facultative, et pour résoudre, par exemple, la question de savoir si une obligation de cette espèce est mobilière ou immobilière, divisible ou indivisible, on doit avoir uniquement égard à la nature de la chose qui seule en forme l'objet [8]. Au contraire, le caractère d'une obligation alternative reste en suspens jusqu'au paiement, et se détermine d'après la nature de la chose au moyen de laquelle ce paiement s'effectue [9].

b. Lorsqu'une obligation facultative est entachée de quelque vice inhérent à la chose qui en forme l'objet, cette obligation est nulle, quoique aucun vice ne se rencontre dans celle qui ne se trouve indiquée que pour la facilité du paiement. Il suffit, au contraire, pour la validité d'une obligation alternative, que l'une ou l'autre des choses qui y sont comprises, soit exempte de vice. Dans ce cas, la chose non vicieuse est censée former l'objet unique de l'obligation, qui dégénère ainsi en obligation simple. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si l'obligation alternative renfermait deux choses, dont l'une ne pouvait être l'objet d'une obligation [10]. Art. 1192, et arg. de cet article.

c. Le créancier d'une obligation facultative peut ne comprendre dans sa demande en payement que la chose à lui due, sans faire aucune mention de celle au moyen de laquelle le débiteur

[7] Les art. 891 et 1681 offrent des exemples d'obligations facultatives.

[8] Cpr. art. 1674, 1681 ; Duranton, IV, 98, et XI, 156, à la note ; Toullier, XI, 700 ; Zachariæ, § 300, texte et note 2.

[9] Toullier, VI, 699. Duranton, XI, 157. Larombière, II, art. 1196, n° 3. Colmet de Santerre, V, 115 *bis*, I. Zachariæ, *loc. cit.*

[10] Duranton, XI, 154. Colmet de Santerre, *loc. cit.*

est autorisé à se libérer. Au contraire, le créancier d'une obligation alternative au choix du débiteur doit comprendre dans sa demande en paiement les différentes choses qui en forment l'objet, en laissant au débiteur la liberté de se libérer au moyen de l'une ou de l'autre [11].

d. L'obligation facultative est éteinte, conformément à l'art. 1302, lorsque la chose qui en forme l'objet a péri sans la faute du débiteur, et avant qu'il ne fût en demeure. Il en serait ainsi, lors même que la chose indiquée pour la facilité du paiement n'aurait point péri. L'obligation alternative, au contraire, ne s'éteint qu'autant que les diverses choses qui s'y trouvent comprises ont toutes péri sans la faute du débiteur, et avant qu'il ne fût en demeure [12]. Art. 1195, 1196 et 1302. Dans l'hypothèse contraire, l'obligation continue de subsister, soit comme obligation alternative, lorsqu'il existe encore plusieurs des choses qui s'y trouvaient comprises, soit comme obligation simple, lorsque toutes ces choses ont péri, à l'exception d'une seule [13]. Art. 1193, al. 1, et art. 1195.

Si la perte est arrivée par la faute du débiteur, ou après sa mise en demeure, on doit, pour déterminer les conséquences de cette perte et les obligations qu'elle impose au débiteur, distinguer entre le cas où le choix ne lui a pas été enlevé et celui où il a été accordé au créancier. Art. 1193 et 1194.

Du reste, ces principes s'appliquent également au cas où la prestation est devenue impossible à accomplir, par toute autre cause que par la perte de la chose. Arg. art. 1192 et 1193 [14].

[11] Pothier, n° 248. Larombière, II, art. 1191, n° 4, et 1196, n° 3.

[12] Si cependant l'une de ces choses avait péri par la faute du créancier, l'obligation serait éteinte, quoique les autres existassent encore. Dans cette hypothèse, le débiteur est censé avoir livré la chose périe. Toullier, VI, 697. Larombière, II, art. 1196, n° 3. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Zachariæ, § 300, note 7, *in fine*.

[13] Cpr. Douai, 13 novembre 1844, Sir., 45, 2, 370.

[14] L. 16, *præ.* D. *de V. O.* (45, 1). L'art. 1193 qui porte : « Si l'une des deux choses promises périt *et* ne peut plus être livrée, » doit être lu ainsi qu'il suit : Si l'une des deux choses périt *ou* ne peut plus être livrée. Autrement, il renfermerait un véritable pléonasme. Larombière, II, art. 1193-1194, n° 20. Zachariæ, § 300, note 7.

§ 301

VII. *Des obligations divisibles et des obligations indivisibles* [1].

1° *Notion des obligations indivisibles. Des caractères qui les distinguent des obligations solidaires.*

Une obligation est indivisible, lorsqu'une impossibilité, juridique ou physique, s'oppose à ce que l'objet de la prestation puisse être divisé matériellement ou intellectuellement [2]. Art. 1217 [3].

L'obligation de concéder une servitude réelle, d'en souffrir l'exercice, ou de ne pas exercer une servitude, celle de constituer une hypothèque, ou de délaisser un immeuble hypothéqué, sont des obligations indivisibles, par suite du principe juridique de

[1] Les rédacteurs du Code ont, sauf quelques modifications de détail, suivi dans cette matière la doctrine de Pothier (*Des obligations*, n° 288 et suiv.), qui, lui-même, avait pris pour guide le Traité de Dumoulin (*Extricatio labyrinthi dividui individui ; C. Molinæi opera*, t. III, p. 89 et suiv.). Plusieurs auteurs ont critiqué assez amèrement les dispositions du Code, auquel ils reprochent d'avoir, dans l'art. 1218, déclaré indivisibles des obligations qui, d'après l'art. 1221, n° 5, se trouveraient rangées au nombre des obligations divisibles. Cpr. Toullier, VI, 782 et suiv. ; Duranton, XI, 247 ; Rodière, n° 335 ; Zachariæ, § 301, notes 1, 8 et 13. Ce reproche ne nous paraît pas fondé. Voy. note 36 *infra*. — Cpr. sur cette matière : *Analyse de l'ouvrage allemand de Julius Rubo*, par Guis, *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 148 et 371. *De la Solidarité et de l'Indivisibilité*, par Rodière, Paris, 1852, 1 vol. in-8°.

[2] *Id est quando præstatio, nec in partes quantas, nec in partes quotas, dividi potest.* Ainsi, par exemple, l'obligation de livrer un cheval n'est pas une obligation indivisible en elle-même : un cheval ne peut, il est vrai, être divisé matériellement, mais rien n'empêche de se faire l'idée d'un cheval dont plusieurs héritiers ou acquéreurs seraient copropriétaires, chacun pour une moitié, pour un tiers, ou pour un quart. Un cheval est donc susceptible de division intellectuelle, puisqu'il peut se partager en parties *aliquotes* ; et l'on pourrait, par exemple, livrer le tiers d'un cheval, en cédant le tiers indivis dans un cheval dont on est copropriétaire. Pothier, n° 289. Toullier, VI, 775. Marcadé, sur l'art. 1217, n° 1. Larombière, II, art. 1217-1218, n° 13. Colmet de Santerre, V, 154 *bis*, IV.

[3] L'indivisibilité définie par l'art. 1217 correspond, d'après tous les commentateurs du Code, à celle que Dumoulin appelle *individuum contractu*, et que Pothier (n° 292) nomme, avec plus de raison, *indivisibilité absolue*. Ce dernier auteur cherche à en expliquer les caractères en disant, qu'elle se rencontre dans les obligations qui ne peuvent être ni stipulées ni promises par parties.

l'indivisibilité des servitudes[4] et des hypothèques[5]. L'obligation de se rendre ou de ne pas se rendre dans telle ville est une obligation indivisible, à raison de l'impossibilité physique qui s'oppose à la division de ce fait[6].

Une obligation est également indivisible, lorsque la chose ou le fait qui en forment la matière, quoique divisibles en eux-mêmes, cessent de l'être à raison du rapport sous lequel ils sont devenus l'objet de la prestation. Art. 1218[7]. Telle est l'obligation de construire une maison[8]. Telle est encore celle de livrer un terrain

[4] Toute servitude réelle est indivisible, qu'on la considère activement et comme droit, ou passivement et comme charge, et ne peut par conséquent se constituer ni s'éteindre pour partie. Cpr. § 247, texte n° 3, lett. *c*, et note 19. Duranton, XI, 259 et 260. Civ. cass., 25 août 1863. Sir., 63, 1, 466. C'est avec raison que cet arrêt a décidé, que l'héritier partiaire d'un usufruitier qui avait renoncé à une servitude établie au profit du fonds soumis à l'usufruit, était tenu d'exécuter intégralement l'obligation indivisible résultant de cette renonciation.

[5] *Hypotheca est in toto et in qualibet parte.* L. 6, C. *de distrac. pign.* (8,28). Art. 2114, al. 2. Cpr. Paris, 16 juillet 1829, Sir., 29, 2, 323.

[6] Ce serait une grave erreur que de regarder comme indivisibles toutes les obligations de ne pas faire. Les obligations de cette espèce sont divisibles, lorsque le fait que l'on a promis d'omettre est susceptible de division, c'est-à-dire d'être omis pour partie seulement, et qu'on peut ainsi ne contrevenir que partiellement à sa promesse. Pothier, n° 290. Duranton, XI, 253.

[7] L'indivisibilité définie par cet article correspond à celle que Dumoulin (part. III, n[os] 57 et suiv.) appelle *individuum obligatione*, et non pas *conventione*, comme le dit à tort Zachariæ (§ 391, notes 6 et 8). Pothier, n° 293. Toullier, VI, 792. Duranton, XI, 256. Larombière, art. 1217-1218, n° 6. Colmet de Santerre, V, 153.

[8] La construction d'une maison est un fait divisible, lorsqu'on considère cette construction en elle-même, comme un fait susceptible de s'accomplir successivement et par parties. Mais, dans l'obligation de construire une maison, on envisage, moins le fait passager de la construction, que son résultat final et permanent, c'est-à-dire la maison à construire. Or, une maison n'existe comme telle que par la réunion de toutes les parties qui la constituent ; elle est indivisible dans sa forme spécifique ; sa construction est donc également indivisible, dès qu'elle devient l'objet d'une obligation. Les mêmes observations s'appliquent à toute entreprise ayant pour objet une chose d'une forme déterminée. Dumoulin, *op. cit.*, part. III, n° 76. Pothier, n° 293. Larombière, *loc. cit.* Colmet de Santerre, V, 154 *bis*, VI. Zachariæ, § 301, texte et note 7. Orléans, 3 avril 1851. Sir., 52, 2, 202. Civ. cass., 23 juin 1851, Sir., 51, 1, 603.

destiné, d'après la commune intention des parties, à une construction qui exige la totalité de ce terrain[9].

Ces deux espèces d'obligations indivisibles diffèrent l'une de l'autre, en ce que, dans les premières, la chose à livrer ou le fait à accomplir sont indivisibles par leur nature, c'est-à-dire abstraction faite de l'obligation dont ils forment la matière ; tandis que, dans les secondes, la chose ou le fait ne sont pas indivisibles en eux-mêmes, mais seulement à raison de la circonstance qu'ils sont devenus la matière d'une obligation sous un point de vue qui rend leur division impossible[10].

Toutes les obligations qui ne rentrent pas dans l'une des classes d'obligations indivisibles ci-dessus établies, sont divisibles.

Une obligation, divisible en elle-même, ne peut être considérée comme indivisible, par cela seul que, dérivant d'un contrat commutatif, elle est corrélative à une obligation indivisible. C'est ainsi, par exemple, que l'obligation de payer le prix de constructions, exécutées pour le compte de plusieurs copropriétaires par indivis, n'a aucun caractère d'indivisibilité[11].

Il faut bien se garder de confondre les obligations indivisibles avec les obligations solidaires. Les unes et les autres sont, il est vrai, exigibles en totalité de la part de chacun des créanciers contre chacun des débiteurs ; mais cet effet, commun à ces deux espèces d'obligations, procède, dans l'obligation solidaire, du titre même qui la constitue, tandis que, dans l'obligation indivisible, elle n'est que le résultat de l'impossibilité d'accomplir partielle-

9 Quoiqu'un terrain considéré en lui-même, et abstraction faite de l'usage auquel il peut être destiné, soit divisible, il cesse de l'être, lorsqu'il devient l'objet d'une obligation dans laquelle il est envisagé comme un emplacement destiné à une construction, ou à tout autre usage qui exige la totalité de ce terrain. Dumoulin, *op. cit.*, part. II, n°s 312 à 315. Pothier, n° 296. Marcadé, sur l'art. 1218, n° 2. Larombière, II, art. 1217-1218, n° 7. Colmet de Santerre, et Zachariæ, *locc. citt.* Voy. aussi sur l'obligation de livrer des titres ou documents : Bordeaux, 24 juin 1834, Sir., 34, 2, 580.

10 Dumoulin (part. II, n° 223) nous paraît avoir nettement indiqué cette différence dans le passage suivant : *Non enim causatur individuitas, nisi ex eo quod res debita, vel* SUI NATURA, *vel* UT DEBITA EST, *non potest præstari seu solvi pro parte.*

11 Civ. cass., 23 juin 1851, Sir., 51, 1, 603. Voy. en sens contraire : Orléans, 3 avril 1851, Sir., 52, 2, 202. La Cour d'Orléans a perdu de vue que l'indivisibilité d'une obligation ne peut résulter que de l'impossibilité de son exécution partielle.

ment la prestation qui en est l'objet. Dans une obligation indivisible, chacun des débiteurs ne devrait payer, et chacun des créanciers ne pourrait réclamer que sa part, si la prestation était susceptible d'accomplissement partiel; tandis qu'il en est tout autrement dans l'obligation solidaire [12]. Ainsi, une obligation solidaire n'est pas pour cela indivisible [13]. Art. 1219. Réciproquement, une obligation indivisible n'est pas pour cela solidaire [14].

Les obligations divisibles doivent, lorsqu'il n'existe qu'un seul créancier et qu'un seul débiteur, être exécutées comme si elles étaient indivisibles. Art. 1220. Cpr. cep. art. 1244.

La distinction des obligations en divisibles et indivisibles n'a donc d'importance que dans les deux hypothèses suivantes [15] : 1° lorsqu'il existe, dès le principe, plusieurs créanciers ou débiteurs conjoints (art. 1222); 2° lorsque le créancier ou le débiteur, unique dans l'origine, se trouve, avant l'extinction de l'obligation, représenté par plusieurs héritiers (art. 1220 et 1223).

[12] C'est ce que Dumoulin explique en disant : *In obligatione correali, totaliter debetur ex obligatione; in obligatione individua, totum debetur ex necessitate, sed non totaliter.* Cpr. sur les différences qui existent entre l'obligation solidaire et l'obligation indivisible : Duranton, XI, 266 ; Colmet de Santerre, V, 155 *bis;* et les notes 13, 14, 18, 19 et 23 *infra.*

[13] L'indivisibilité produit, sous certains rapports, des effets plus étendus que la solidarité, notamment en ce qui concerne l'interruption ou la suspension de prescription. Art. 2249, al. 2. Cpr. § 298 *bis,* notes 5, 6 et 11.

[14] Marcadé, sur l'art. 1219. Rodière, n° 41. Larombière, II, art. 1219, n° 2. — A certains égards, la solidarité entraîne des conséquences plus rigoureuses que l'indivisibilité ; et la proposition énoncée au texte sert évidemment de base aux dispositions de l'art. 1225, qui donne au codébiteur d'une obligation indivisible un droit dont ne jouit pas le codébiteur solidaire. Cpr. note 19 *infra.* On ne comprend pas dès lors que la jurisprudence ait pu admettre qu'une obligation indivisible est toujours solidaire, lors même que la solidarité n'a pas été stipulée. Voy. Bruxelles, 28 novembre 1809, Sir., 12, 2, 366 ; Req. rej., 11 janvier 1825, Sir., 25, 1, 285 ; Bordeaux, 24 juin 1834, Sir., 34, 2, 580 ; Req. rej., 20 juillet 1834, Sir., 35, 1, 316.

[15] Les conséquences qui résultent de la divisibilité ou de l'indivisibilité des obligations, sont les mêmes dans l'une et l'autre hypothèse. Quoiqu'il ne soit textuellement question, dans la plupart des dispositions du Code (cpr. art. 1220, 1221, 1224, 1225, 1232 et 1233), que des héritiers du créancier ou du débiteur, ces dispositions ne sont pas moins applicables aux créanciers et aux débiteurs originaires d'une obligation conjointe. Art. 1222 et arg. de cet article cbn. 1223.

2° *Des effets des obligations indivisibles.*

L'indivisibilité d'une obligation entraîne, dans les deux hypothèses qui viennent d'être indiquées, les conséquences suivantes :

a. Chaque créancier[16] peut demander l'accomplissement intégral de l'obligation, et libérer valablement le débiteur. Art. 1224, al. 1. Mais il n'est point autorisé à faire seul remise de la totalité de la dette[17], ni même à recevoir la totalité d'une prestation divisible, qui se trouverait substituée à la prestation primitive[18]. Art. 1224, al. 2.

b. Chaque débiteur peut être poursuivi pour l'accomplissement intégral de l'obligation. Art. 1222 et 1223. Toutefois, le débiteur ainsi poursuivi, est autorisé, à moins que la prestation ne soit de nature à ne pouvoir être accomplie que par lui, à demander un délai pour appeler en cause ses codébiteurs, à l'effet d'empêcher qu'une condamnation au total de la dette ne soit prononcée contre lui seul[19]. Art. 1225. Cet appel en cause une fois effectué, le débi-

[16] Sous les expressions *chaque créancier, chaque débiteur*, nous comprendrons toujours, dans la suite de ce paragraphe, non-seulement chacun des créanciers ou des débiteurs primitifs, mais encore chacun de leurs héritiers.

[17] Le créancier solidaire ne le peut même pas (art. 1198, al. 2) ; et le pourrait-il, il devrait en être autrement du créancier d'une obligation indivisible, *in qua non totaliter debetur*. La remise ne restera cependant pas sans effet, car l'indivisibilité de l'obligation ne s'oppose pas absolument à sa remise partielle : les autres créanciers ne pourront plus demander l'accomplissement intégral de la prestation que sous la condition d'indemniser le débiteur, jusqu'à concurrence de la part de celui des créanciers qui a fait la remise. Art. 1224, al. 2. Pothier, n° 328. Duranton, XI, 313 et 314. Zachariæ, § 301, texte et note 9.

[18] C'est ce qui peut arriver, soit par suite de novation, soit à raison de l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, qui s'est convertie en dommages-intérêts. — La raison du principe énoncé au texte se trouve dans cette idée, que le créancier d'une obligation indivisible ne l'est pas *totaliter*, qu'il n'a droit qu'à sa part, dès que l'accomplissement partiel de la prestation devient possible. Sous ce rapport, les droits du créancier solidaire, qui l'est *totaliter*, sont beaucoup plus étendus. Pothier, n° 327. Duranton, XI, 313. Zachariæ, § 301, texte et note 10.

[19] La raison en est que le codébiteur d'une obligation indivisible n'en est pas tenu *totaliter*. Les expressions *à l'effet d'empêcher qu'une condamnation au total de la dette ne soit prononcée contre lui seul*, ne se trouvent pas, il est vrai, dans l'art. 1225 ; mais les développements ajoutés par Dumoulin (part. II, n° 469 et suiv. ; part. III, n°s 90 et 104) et par Pothier (n° 331) à la proposition énoncée

teur originairement poursuivi ne peut plus être condamné seul; tous les codébiteurs doivent être condamnés à exécuter conjointement, et chacun pour sa part, l'obligation indivisible. Si, par le refus de l'un d'eux de concourir à cette exécution intégrale, l'obligation n'est point accomplie, elle se convertit en dommages-intérêts, au paiement desquels les différents codébiteurs ne sont tenus que pour leurs parts, à l'exception cependant de celui par le refus duquel l'exécution intégrale n'a pu avoir lieu, lequel peut être poursuivi pour la totalité des dommages-intérêts. Arg. art. 1232. Mais aussi tous les codébiteurs, même ceux qui auraient offert de concourir à l'exécution de l'obligation, sont-ils tenus pour leurs parts au paiement des dommages-intérêts, sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où l'obligation était de nature à être exécutée par chaque débiteur séparément, et celui où elle n'était susceptible de l'être qu'au moyen du concours de tous les codébiteurs[20].

c. L'interruption de prescription opérée par l'un des créanciers, et la suspension de prescription établie en faveur de l'un

dans cet article, ne permettent pas de douter qu'il ne doive recevoir l'interprétation que nous lui avons donnée. Cette interprétation est, d'ailleurs, justifiée par l'exception même que l'art. 1225 apporte à la règle qu'il établit. Enfin, on ne concevrait pas que l'effet de l'appel en cause autorisé par l'art. 1225 dût se borner à faire statuer sur le recours dont le codébiteur poursuivi jouit contre ses codébiteurs, puisque toute personne qui a droit à garantie peut appeler en cause ses garants (Code de procédure, art. 175), et que le codébiteur solidaire jouit lui-même de cette faculté de Droit commun, quoique le Code ne contienne à son égard aucune disposition spéciale (cpr. § 298 *ter*, texte et note 24), et qu'elle se trouve également accordée au codébiteur d'une obligation indivisible, dans le cas même où la prestation est de nature à ne pouvoir être accomplie que par lui. Duranton, XI, 303, 304, 305 et 311. Marcadé, sur l'art. 1225, nos 1 et 2. Larombière, II, art. 1225, n° 9. Colmet de Santerre, V, 160 *bis*, I et II. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 301, note 7 *bis*.

20 Cette solution est sans difficulté pour le premier cas, dans lequel tous les codébiteurs se trouvent en faute. Elle doit également être admise au second cas, puisque les codébiteurs sont tenus conjointement au total de l'obligation, que les offres faites par quelques-uns d'entre eux seulement de concourir à son exécution sont inefficaces et insuffisantes, et qu'enfin le refus de concours d'un ou de plusieurs des codébiteurs, ne saurait être considéré comme un cas fortuit, dont les autres ne seraient pas responsables. Colmet de Santerre, V, 160 *bis*, III et IV. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1225, n° 2, *in fine*; Larombière, II, art. 1225, n° 9.

d'eux, profitent à tous les autres. Art. 709 et 710, et arg. de ces articles [21].

d. L'interruption de prescription opérée contre l'un des débiteurs conserve intégralement les droits du créancier contre tous. Art. 2249, al. 2 [22].

e. Lorsque l'opération indivisible est accompagnée d'une clause pénale, la peine est encourue par la contravention d'un seul des codébiteurs. Cependant, la peine ne peut être demandée en totalité que contre le débiteur contrevenant; les autres n'en sont tenus que pour leurs parts [23], pourvu que l'objet qui fait la matière de la peine, soit lui-même divisible [24]. Art. 1232. Cpr. art. 1233, al. 2.

3° *Des effets des obligations divisibles, et des exceptions aux conséquences de la divisibilité.*

Les effets de la divisibité des obligations ont déjà été exposés au § 298, à l'occasion des obligations simplement conjointes. Il convient cependant de les rappeler ici, pour indiquer les modifications qu'ils reçoivent quant aux obligations dont s'occupe l'art. 1221, et qu'on désigne communément sous le nom d'obligations indivisibles *solutione tantum.*

a. Chaque créancier ne peut réclamer que sa part de la créance, alors même qu'il s'agit d'une obligation indivisible *solutione* [25]. Art. 1220.

[21] Les dispositions de ces articles ne sont que des conséquences de l'indivisibilité des servitudes; et dès lors elles doivent être étendues, par analogie, à tous les cas d'indivisibilité. On ne comprendrait pas une suspension ou une interruption partielle de la prescription dans une créance indivisible. Pothier, nos 682 et 698. Marcadé, sur l'art. 1225, n° 3. Larombière, sur l'art. 1225, n° 11. Colmet de Santerre, V, 161 *bis*, I. Civ. rej., 14 août 1840, Sir., 40, 1, 753. Voy. cep. Duranton, XI, 267; et la note suivante.

[22] Toullier, VI, 797. Marcadé, Larombière, et Colmet de Santerre, *locc. citt.* — M. Duranton (*loc. cit.*) soutient que l'art. 2249, al. 2, ne s'applique qu'aux obligations indivisibles définies par l'art. 1217, et non à celles dont s'occupe l'art. 1218. Cet auteur n'a émis cette opinion, erronée selon nous, que parce qu'il n'a pas su distinguer les obligations indivisibles de l'art. 1218, des obligations divisibles dont parle l'art. 1221, n° 5. Cpr. note 35 *infra*.

[23] Tous les débiteurs solidaires sont, au contraire, tenus solidairement de la peine encourue par la contravention d'un seul. *Non obstat* art. 1205. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 3, et note 29.

[24] Duranton, XI, 368 et 369.

[25] En permettant de poursuivre pour le tout chacun des débiteurs, l'art.

b. Chaque débiteur n'est tenu que de sa part de la dette. Art. 1220.

Aux termes de l'art. 1221, cette seconde règle reçoit exception :

α. Dans le cas où la dette est hypothécaire, en ce que tout codébiteur d'une pareille dette, qui se trouve en même temps détenteur de l'immeuble hypothéqué, peut être poursuivi sur cet immeuble pour la totalité de la dette, et se trouve soumis à l'obligation de l'acquitter intégralement, sans pouvoir, en offrant le paiement de la part dont il est personnellement tenu, invoquer, pour le surplus de la dette, le bénéfice de discussion, ni user de la faculté de purger, comme serait admis à le faire un tiers détenteur ordinaire [26].

β. Lorsque la dette a pour objet la délivrance d'une chose déterminée dans son individualité [27], qui se trouve, par suite de partage [28], entre les mains de l'un des débiteurs, en ce que le débi-

1221 ne donne cependant pas à chacun des créanciers le droit de poursuivre pour le tout. Il ne modifie les effets de l'indivisibilité que relativement aux débiteurs, et non par rapport aux créanciers. Arg. des mots : *reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur*. Duranton, XI, 276. Marcadé, sur l'art. 1221, n°s 1 et 3. Rodière, n° 384. Req. rej., 9 novembre 1847, Sir., 48, 1, 288. Cpr. cep. Duranton, XI, 288.

[26] La disposition du 1er al. de l'art. 1221, aux termes duquel le principe de la division entre les héritiers du débiteur de toute dette divisible reçoit exception quand il s'agit d'une dette hypothécaire, ne contient pas, comme on le pense communément, une simple application de la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque. Elle exprime cette idée que l'héritier, propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ne peut, contre le gré du créancier, autorisé à refuser tout paiement qui ne serait pas intégral, se placer, au moyen du paiement de sa part, dans la position d'un tiers détenteur ordinaire, en ce qui concerne les parts de ses cohéritiers. Voy. sur les différentes parties de la proposition énoncée au texte : § 287, texte n° 2, note 17, § 293 *bis*, texte n° 3, et note 26 ; § 636, texte n° 2. Cpr. aussi : texte, lett. *d*, et note 45 *infra*.

[27] L'expression *corps certain*, employée dans le n° 2 de l'art. 1221, ne peut s'appliquer qu'aux choses déterminées dans leur individualité, et non à celles qui le seraient seulement quant à leur espèce. La question de savoir si la dette d'une chose déterminée quant à son espèce seulement, peut être acquittée par parties, doit être décidée par application du n° 5 de l'art. 1221. Duranton, XI, 286 et 299. Toullier, VI, 775. Larombière, II, art. 1221, n° 14.

[28] *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 358, n° 101). S'il n'a point encore été fait de partage, chacun des débiteurs ne peut être poursuivi et condamné que pour sa part, puisque, la chose se trouvant indivise, aucun d'eux ne jouit à lui seul de la faculté de la livrer en totalité, et qu'ainsi le

teur, possesseur de cette chose, peut être poursuivi seul[29], et doit être condamné à l'accomplissement pour le tout de l'obligation de livrer[30], sans pouvoir se soustraire à cette condamnation en mettant en cause ses codébiteurs[31].

γ. Lorsqu'il s'agit de la dette alternative, au choix du créancier, de choses dont l'une est indivisible, en ce que les débiteurs ne peuvent, sous prétexte de la divisibilité de l'une des prestations comprises dans la dette alternative, empêcher le créancier de choisir la prestation indivisible[32].

δ. Dans le cas où l'un des débiteurs a été chargé seul, par le

motif sur lequel est fondée la disposition de l'art. 1221, n° 2, n'existe pas dans cette hypothèse. Duranton, XI, 283 et suiv. Larombière, II, art. 1221, n° 7. Colmet de Santerre, V, 157 *bis*, II.

29 La faculté dont jouit le créancier, de poursuivre et de faire condamner pour le tout celui des débiteurs qui possède la chose due, ne le prive pas du droit de poursuivre et de faire condamner les autres débiteurs pour leurs parts. Pothier, n° 302. Larombière, II, art. 1221, n° 9.

30 Les termes de l'art. 1221, n° 2, indiquent qu'il ne s'agit point ici d'un simple délaissement à faire en vertu d'une action en revendication, mais de l'accomplissement d'une obligation de livrer, dont l'exécution est réclamée au moyen d'une action personnelle. La disposition de l'art. 1221, n° 2, consacre, quant à cette obligation, et surtout en ce qui concerne l'interruption de la prescription, une véritable exception aux effets de la divisibilité. Quant à l'action en revendication, elle doit toujours, conformément à la règle *Vindicatio rem sequitur*, être dirigée contre le détenteur. Larombière, II, art. 1221, n° 11. Colmet de Santerre, V, 157 *bis*, II.

31 Colmet de Santerre, V, 161 *bis*, III.

32 Tel est le véritable sens de la disposition assez obscure du n° 3 de l'art. 1221 (*Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, Locré, *Lég.*, XII, p. 358, n° 101), qui d'ailleurs était complétement inutile, parce que la chose s'entend assez d'elle-même. Du reste, que le choix appartienne aux débiteurs ou au créancier, l'obligation alternative, dont le caractère demeure en suspens jusqu'au choix à faire, devient divisible ou indivisible, suivant que la prestation choisie est elle-même divisible ou indivisible. La disposition dont nous nous occupons ne peut donc, sous aucun rapport, être considérée comme une exception au principe établi par l'art. 1221. Il faut enfin remarquer que, dans le cas même où les deux prestations comprises dans l'obligation alternative sont toutes deux divisibles, et que le choix appartient aux débiteurs, ces derniers ne peuvent pas forcer le créancier à recevoir partie de l'une des prestations et partie de l'autre. Art. 1191. Cpr. § 300, texte et note 4. Pothier, n°s 312 et 313. Toullier, VI, 765. Duranton, XI, 289 et 290. Marcadé, sur l'art. 1221, n° 2. Larombière, II, art. 1221, n° 20. Colmet de Santerre, V, 157 *bis*, IV. Zachariæ, § 301, note 14.

titre constitutif[33], ou par un titre postérieur[34], de l'exécution de l'obligation, en ce que ce débiteur peut être poursuivi et doit être condamné pour le tout, sans être autorisé à faire diviser la condamnation en appelant en cause ses codébiteurs[35], et sauf seulement son recours contre ces derniers[36].

[33] Que ce titre soit une convention ou un testament, peu importe : *lex non distinguit.* Toullier, VI, 773. Duranton, XI, 292, 293 et 294. Larombière, II. art. 1221, n° 21. Colmet de Santerre, V, 157 *bis*, VI. Zachariæ, § 301, texte et note 15. La loi 56, § 1, D. *de V. O.* (45, 1), qui déclarait inutile la convention par laquelle un débiteur aurait, en contractant avec le créancier, chargé du paiement de la dette un seul de ses héritiers, n'a jamais été suivie en France. du moins dans le sens rigoureux que ses termes semblent indiquer. Cpr. sur l'interprétation de cette loi : Dumoulin, part. II, n°s 30 et 31 ; Pothier, n° 313 ; Toullier, 772 et 773 ; Chabot de l'Allier, *Des successions,* sur l'art. 873, n° 8; Duranton, XI, 296.

[34] *Exposé de motifs,* par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 358, n° 101). Larombière, *loc. cit.*

[35] M. Duranton (XI, 297) se prononce en sens contraire, et invoque à l'appui de son opinion l'art. 1225, dont il prétend tirer un argument *a fortiori.* A notre avis, ces argument porte à faux. Il s'agit, en effet, dans l'art. 1225, d'une obligation indivisible, dont l'exécution partielle ne peut avoir lieu, malgré la division de la condamnation, qui ne reçoit application que dans le cas où l'obligation originaire se convertit en dommages-intérêts, faute d'exécution intégrale. Dans l'art. 1221, au contraire, il est question d'une obligation essentiellement divisible, et qui pourrait être exécutée partiellement, si le jugement prononçait la division de la condamnation. Or, comme cette exécution partielle porterait nécessairement atteinte au titre qui a chargé l'un des débiteurs de l'exécution intégrale de l'obligation, il en résulte que la division de la condamnation, ainsi que la mise en cause demandée dans le but de la faire prononcer, ne sont pas admissibles, et que l'héritier poursuivi doit être condamné pour le tout. Ce qui confirme encore cette manière de voir, c'est que l'art. 1221, en accordant au débiteur pousuivi son recours contre ses codébiteurs, suppose nécessairement qu'il a été condamné seul à l'exécution intégrale de l'obligation, et que l'art. 1225 distingue bien nettement le cas où le débiteur poursuivi peut mettre en cause ses codébiteurs pour faire diviser la condamnation, du cas où il doit être condamné seul, sauf son recours. Rodière, n° 397. Larombière, II, art. 1221, n° 26. Colmet de Santerre, V, 161 *bis*, III.

[36] Il faut bien se garder de confondre le cas où l'un des héritiers n'a été chargé que de l'exécution de l'obligation, sauf son recours contre ses cohéritiers, seul cas dont s'occupe l'art. 1221, et celui où le défunt aurait exclusivement imposé à l'un de ses héritiers la charge de l'obligation elle-même. Une pareille modification aux règles sur le partage du passif d'une succession ne pourrait, à notre avis, avoir lieu que par testament, par partage d'ascendant ou au moyen

ε. [37]. Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engage-

d'une condition opposée à un acte de libéralité entre-vifs. Cpr. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 359, n° 101; Duranton, XI, 292, 295 et 296 ; Marcadé, sur l'art. 1122, n° 1, et sur l'art. 1221, n° 2 ; Larombière, II, art. 1221, n° 22 ; Colmet de Santerre, V, 157 *bis*, VI, *in fine* ; Demolombe, XXIV, 271.

[37] Le n° 5 de l'art. 1221 a été textuellement extrait de Pothier (n° 316). Cet auteur, adoptant la terminologie usitée parmi les anciens docteurs (cpr. Dumoulin, part. II, n° 257), appelle indivisibles *solutione tantum*, les obligations qui, quoique divisibles en elles-mêmes, ne peuvent cependant pas, contre la volonté du créancier, être acquittées par parties ; et ce, à raison de l'intention expresse ou présumée des contractants. Quoi qu'en aient dit certains commentateurs, qui nous paraissent ne pas avoir assez approfondi la doctrine de Dumoulin et de Pothier (cpr. Toullier, VI, 782 et suiv., Duranton, XI, 247, Zachariæ, § 301, notes 1 et 13), ces obligations sont essentiellement distinctes des obligations indivisibles dont s'occupe l'art. 1218. L'indivisibilité de ces dernières obligations est bien aussi subordonnée, si l'on veut, à la volonté des contractants, en ce sens qu'ils sont les maîtres de déterminer le rapport sous lequel la chose à livrer ou le fait à accomplir formera la matière de l'obligation. Mais ce rapport une fois déterminé, l'indivisibilité de la prestation en devient la conséquence nécessaire, à tel point que les parties ne pourraient pas, sans dénaturer l'objet de la prestation, convenir d'un paiement partiel. Au contraire, les obligations dont s'occupe le n° 5 de l'art. 1221 ont pour objet des choses ou des faits qui restent divisibles, sous quelque rapport qu'on les envisage ; et si le paiement ne peut en avoir lieu par parties, ce n'est point par suite d'une impossibilité inhérente à la prestation elle-même, et parce qu'un pareil paiement dénaturerait l'objet de cette prestation, mais parce qu'il porterait atteinte aux droits du créancier, fondés sur la volonté expresse ou présumée des contractants. Nos explications sur ce point ont été complétement adoptées par MM. Marcadé (sur l'art. 1218, n°s 1 et 2), Larombière (II, art. 1217-1218, n° 9), et Colmet de Santerre (V, 157 *bis*, IX). Cpr. Boistel, *De l'indivisibilité solutione*, *Revue historique*, 1869, XIV, p. 146. Cet auteur propose, pour la distinction à faire entre l'obligation indivisible définie par l'art. 1218 et l'obligation indivisible *solutione tantum*, le critérium suivant : « L'avantage indivisible que les parties ont eu en vue, est-il *la cause du contrat*, « alors il y a indivisibilité *obligatione*. Cet avantage n'est-il qu'une *condition* « *accessoire ou un motif du contrat*, alors il y a indivisibilité *solutione tantum*. » Cette doctrine ne nous paraît pas exacte : elle conduit à des conséquences que nous ne saurions admettre. A notre avis, la *cause de l'obligation* est complétement étrangère à la question de sa divisibilité ou de son indivisibilité, et le *motif du contrat* ne peut jamais donner lieu qu'à une indivisibilité *solutione tantum*. Aussi croyons-nous que c'est à tort que la Cour d'Angers, et après elle la Cour de cassation (Req. rej., 13 juin 1860, Sir., 61, 1, 166), ont attribué à l'obligation sur laquelle portait la contestation, le caractère de l'indivisibilité définie par l'art. 1218. Cette obligation ne pouvait être considérée que comme indivisible

ment[38], soit de la chose qui en fait l'objet[39], soit de la fin qu'il est destiné à remplir[40], que l'intention des parties ou du disposant a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement[41]. Dans ce cas, chacun des débiteurs peut être poursuivi[42],

solutione, à raison du but que les parties s'étaient proposé. En restant dans la vérité théorique, on arrivait à la même solution pratique.

38 C'est-à-dire, du caractère particulier de la convention ou du fait qui forme la cause génératrice de l'obligation. Il est assez difficile d'indiquer les hypothèses dans lesquelles l'obligation deviendrait indivisible *solutione* par suite de la nature même de l'engagement, et indépendamment de toute autre considération. Les exemples que donnent les auteurs semblent en effet rentrer dans la catégorie des obligations indivisibles *solutione*, à raison de leur objet ou de leur fin. Telle est, entre autres, la dette d'aliments qui, dans la supposition même qu'elle fût indivisible *solutione*, ce que nous n'admettons pas (cpr. § 553, texte n° 2, *in fine*), le serait plutôt, à raison de la fin que de la nature de l'engagement. Mais la difficulté ou même l'impossibilité de trouver un exemple d'application de cette disposition de l'art. 1221, n'autoriserait point à dire que les obligations dont il vient d'être parlé, se confondent avec les obligations indivisibles *obligatione*, définies par l'art. 1218.

39 Dans le cas, par exemple, où cette chose, déterminée seulement quant à son espèce (cpr. quant aux choses déterminées dans leur individualité, note 27, *supra*), est à la vérité susceptible de parties intellectuelles, mais ne peut être divisée en parties matérielles. Dumoulin, part. III, n° 228. Pothier, n° 310. Toullier, VI, 775.

40 C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'une personne s'est obligée envers une autre, à lui payer une somme d'argent pour la tirer de prison. Pothier, n° 316. Toullier, VI, 780. Larombière, II, art. 1221, n° 35.

41 C'est à l'intention des parties ou du disposant qu'il faut s'attacher, pour décider si une obligation, qui ne peut être rangée parmi celles qu'énumèrent les quatre premiers numéros de l'art. 1221, est ou non indivisible *solutione*, dans le sens du n° 5 du même article. C'est donc ici une question de fait, qui doit être appréciée d'après les éléments indiqués au texte, en les combinant avec toutes les circonstances de nature à faire connaître quelle a été la véritable intention des parties ou du disposant.

42 D'après l'ancienne jurisprudence (cpr. Pothier, nos 316 et 317), le codébiteur d'une obligation indivisible *solutione*, quoique non autorisé à se libérer en n'offrant seulement que sa part, ne pouvait cependant pas être poursuivi pour le tout. Il en est autrement sous l'empire du Code, qui attribue à l'indivisibilité *solutione* des effets beaucoup plus étendus, en donnant au créancier le droit de poursuite pour le tout. Cette innovation ne nous paraît pas heureuse : elle conduit, comme nous le disons dans la suite du texte, à la conséquence, que la prescription est interrompue pour le tout contre le débiteur poursuivi pour la totalité de la dette, et cette conséquence est difficile à justifier.

et doit être condamné pour la totalité de la dette[43], sauf son recours.

c. L'interruption ou la suspension de prescription n'a d'effet qu'en faveur du créancier qui l'a opérée, ou du chef duquel elle a eu lieu, lors même qu'il s'agit d'une obligation indivisible *solutione*.

d. L'interruption de prescription n'a d'effet qu'à l'égard du débiteur contre lequel elle a été opérée[44]. Art. 2249, al. 2. Mais la presccription est, en ce qui le concerne, interrompue pour le tout, quand, en vertu de l'une des exceptions ci-dessus indiquées, il a été poursuivi pour la totalité de la dette[45].

e. Lorsque l'obligation divisible est accompagnée d'une clause pénale, la peine n'est encourue que par celui des débiteurs qui contrevient à l'obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée. Art. 1233, al. 1. Il en serait cependant autrement, si l'obligation était indivisible *solutione*, auquel cas la peine pourrait être exigée pour la totalité contre celui des débiteurs qui a empêché l'exécution intégrale, et pour leurs parts contre les autres débiteurs, sauf leur recours. Art. 1233, al. 2[46].

[43] Dans ce cas, comme dans celui que prévoit le n° 4 de l'art. 1221, le débiteur poursuivi pour la totalité de la dette, ne peut, par les raisons déjà indiquées en la note 35, mettre en cause ses codébiteurs pour faire diviser la condamnation. Cpr. Colmet de Santerre, V, 161 *bis*, III.

[44] Toullier, VI, 797. Colmet de Santerre, V, 161 *bis*, III. Voy. en sens contraire : Larombière, art. 1225, n° 11.

[45] Suivant M. Colmet de Santerre (*loc. cit.*, *in fine*), le créancier devrait, dans l'hypothèse indiquée au texte, tenir compte au débiteur contre lequel la prescription a été interrompue, des parts de ses codébiteurs au profit desquels la prescription se serait accomplie. Telle n'est pas notre manière de voir : si, dans l'hypothèse dont il s'agit, il y a une faute à reprocher, ce n'est pas au créancier, qui, en poursuivant pour le tout un codébiteur contre lequel il était autorisé à diriger une pareille poursuite, a conservé intégralement son droit, mais bien au codébiteur qui, régulièrement poursuivi pour le tout, a négligé de conserver son recours contre les autres.

[46]. L'art. 1233, al. 2, exige bien que la clause pénale ait été ajoutée dans l'intention d'empêcher un paiement partiel ; mais cette intention peut être expresse ou tacite, et les circonstances de nature à faire admettre qu'il a été dans la volonté des parties que l'obligation ne pût être acquittée partiellement, doivent d'ordinaire faire présumer également que la clause pénale a été ajoutée dans ce but. La disposition de cet article s'applique donc, du moins en règle générale, à toutes les obligations indivisibles *solutione*. Cpr. Pothier, n° 363 ; Colmet de Santerre, V, 171.

§ 302.

VIII. *Des obligations conditionnelles et des obligations non conditionnelles.*

1° *Notion et division des conditions.*

Une condition, dans l'acception spéciale et propre de ce mot[1], est une déclaration de volonté ou une disposition de la loi, qui fait dépendre d'un événement futur et incertain l'existence d'un rapport juridique. Cpr. art. 1168.

On désigne aussi par le terme *condition*, l'événement même sur lequel porte une pareille déclaration ou disposition : et c'est en ce sens que l'on dit, qu'une condition est accomplie ou qu'elle a défailli.

Il est des conventions ou dispositions qui, d'après leur nature ou leur objet, supposent nécessairement l'existence ou la réalisation ultérieure de certains faits. Ces faits ne constituent pas de véritables conditions, alors même qu'ils ont été expressément indiqués comme telles[2]. C'est ainsi que la clause par laquelle un testateur aurait subordonné l'exécution d'un legs à la survie du légataire, ou celle par laquelle les parties, figurant dans un contrat de mariage, en auraient fait dépendre l'effet de la célébration du mariage projeté, ne formeraient pas de véritables conditions.

On peut, au moyen d'une déclaration accessoire, faire dépendre d'un événement futur, soit la formation d'un rapport juridique, soit son anéantissement ou sa résolution. De là, la division des conditions en suspensives et résolutoires. Art. 1168.

[1] Dans un sens plus étendu, le terme *condition* désigne toutes les clauses particulières ou modificatives d'un acte juridique (*clauses* et *conditions*). Voy. L. 10, § 1, D. *de lege Rhodia* (14, 2) ; L. 1, D. *de in diem addictione* (18, 2). Dans l'art. 953 ce terme est employé comme synonyme de *charges*. Cpr. aussi sur les différences qui existent entre la condition, le mode ou les charges d'une donation : § 701 ; Toullier, VI, 505 à 524 ; Duranton, XI, 40 à 43.

[2] Les jurisconsultes romains caractérisent de pareils faits par les expressions, *conditiones tacitæ, quæ tacite insunt, quæ extrinsecus veniunt* ; et ils en disent : *frustra adduntur*. LL. 1, § 3, 47 et 99, *de condit.* (35, 1). L. 25, § 1, *quando dies* (36, 2). — C'est dans un sens tout différent qu'on emploie aujourd'hui l'expression de *conditions tacites*, par laquelle on désigne de véritables conditions, sous-entendues en vertu d'une disposition de la loi. Voy. art. 1184 ; Toullier, VI, 503 ; Zachariæ, § 302, note 5.

Lorsque la formule employée par les parties ou le disposant n'indique pas clairement le caractère, suspensif ou résolutoire, d'une condition apposée à une convention ou à un legs, la question doit, comme simple question de fait, être décidée d'après l'intention commune des parties ou celle du testateur[3].

Le même événement peut, dans un seul et même acte, constituer tout à la fois une condition résolutoire des droits conférés à l'une des parties, et une condition suspensive de l'ouverture de droits au profit d'un tiers. C'est ce qui a lieu dans le cas prévu par l'art. 1053.

Mais il serait inexact de considérer la condition résolutoire du droit de l'une des parties, comme constituant en même temps une condition suspensive de l'acquisition de ce droit au profit de l'autre partie. Celui qui transmet, sous une condition résolutoire, un droit quelconque, et spécialement un droit de propriété, ne saurait trouver dans cette condition résolutoire, un titre d'acquisition, sous condition suspensive, du droit de propriété dont il s'est dépouillé[4].

Une condition peut porter, soit sur un événement de la nature, ou tout autre fait indépendant de la volonté de l'homme, soit sur un acte qu'il dépendra de l'une des parties ou d'un tiers, d'accomplir, d'omettre ou d'empêcher. Sous ce second rapport, les conditions se divisent en casuelles, potestatives, ou mixtes, suivant que leur accomplissement dépend, soit d'une cause absolument indépendante de la volonté des parties, soit de la volonté de l'une ou de l'autre d'entre elles, soit enfin de ces deux causes combinées, et notamment de la volonté de l'une des parties en rapport avec celle d'un tiers. Art. 1169, 1170 et 1171.

D'un autre côté, la condition peut consister dans l'omission ou la non-réalisation d'un fait, comme dans son accomplissement ; et à ce troisième point de vue, les conditions se divisent en affirmatives ou négatives.

Un fait ou un événement quelconque ne saurait former l'objet d'une véritable condition, qu'autant qu'il est incertain s'il arrivera ou s'il n'arrivera pas. Il en résulte qu'une déclaration de volonté por-

[3] Duranton, XV, 44. Zachariæ, § 302, note 3, *in fine*.

[4] Cpr. § 209, texte, lett. B, n° 6, et note 68 ; § 266, texte n° 1 et note 13. Savigny, *System des römischen Rechts*, III, p. 154, note *l*. Duranton, XI, 91. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1183, n° 1 ; Colmet de Santerre, V, 100 *bis*, III; Demolombe, XXV, 281, 408 et 409; Zachariæ, § 302, texte et note 3.

tant sur un événement passé ou présent (*in præteritum vel præsens collata, concepta conditio*), ne forme pas une véritable condition[5]. Mais une pareille déclaration n'en opère pas moins à l'instar d'une condition, en ce sens que si l'effet d'une convention ou d'une disposition testamentaire a été subordonné à l'existence d'un fait présent ou passé, la convention ou disposition est à considérer comme non avenue, si ce fait n'existe pas ou n'a pas eu lieu[6].

De ce que l'incertitude de l'événement constitue le caractère essentiel des conditions, il résulte encore, qu'on ne saurait voir une véritable condition dans un événement dont l'accomplissement, ou la non-réalisation est, soit absolument certain[7], soit physiquement ou juridiquement impossible[8].

Il en est autrement des actes illicites ou contraires aux bonnes mœurs : de pareils actes étant, malgré ce caractère, susceptibles d'être accomplis ou omis, peuvent faire l'objet d'une condition proprement dite.

Les obligations doivent être réputées non conditionnelles, à moins qu'elles n'aient été soumises à quelque condition par une disposition de la loi ou par une déclaration de volonté de l'homme. C'est ainsi notamment qu'en l'absence d'une pareille disposition ou déclaration, le changement des circonstances dans lesquelles une obligation a pris naissance ne saurait être considéré comme une condition résolutoire, tacitement ou virtuellement inhérente à la convention[9].

5 *Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, § 6, I. *de V. O.* (3, 15).

6 L. 16, D. *de injusto, rupto test.* (28, 3). L. 10, § 1, D. *de cond. inst.* (28, 7). LL. 100 et 120, D. *de V. O.* (45, 1). L'explication donnée au texte fait disparaître l'antinomie apparente qui existe entre les art. 1168 et 1181. Cpr. Duranton, XI, 11 ; Marcadé sur l'art. 1181 ; Larombière, II, art. 1168, n° 2 ; Demolombe, XXV, 295 et 296 ; Zachariæ, § 302, note 1re. — Il ne faut, du reste, pas confondre le cas où un fait présent ou passé a été indiqué avec ce caractère, et celui où il l'aurait été comme pouvant ou devant se réaliser ultérieurement. Dans ce cas il y aurait une condition impossible. Savigny, *op. cit.*, III, p. 127.

7 Un pareil événement, quoique indiqué sous la formule d'une condition, ne constitue qu'un terme incertain. Cpr. § 303.

8 Toutefois, la loi traite comme conditionnelles, les conventions ou dispositions subordonnées à un événement physiquement ou juridiquement impossible ; et c'est à ce point de vue que nous nous en occuperons au n° 2, en expliquant les art. 1172 et 1173.

9 Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Acte sous seing privé, § 2 ; Zachariæ, § 302, note 4.

2° Des conditions qui peuvent être valablement attachées à un acte juridique.

Les parties peuvent en général, et sous les modifications suivantes, apposer à leurs conventions, le donateur ou testateur à ses dispositions, les conditions que bon leur semble [10].

En pure théorie, l'addition à un acte juridique quelconque, d'une condition affirmative impossible, ou d'une condition contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, devrait avoir pour conséquence de rendre nul l'acte auquel elle a été attachée [11]. Mais la loi n'admet cet effet qu'en ce qui concerne les conventions intéressées, c'est-à-dire les contrats à titre onéreux et les conventions qui se rattachent à de pareils contrats. En matière de dispositions testamentaires et même de donations entre-vifs, elle dispose que les conditions impossibles, illicites, ou immorales, seront tenues pour non écrites, c'est-à-dire que l'on en fera abstraction, et que les dispositions auxquelles elles ont été ajoutées seront exécutées comme si elles avaient été faites purement et simplement. Art. 1172 et 900 [12].

Quant aux conditions négatives impossibles, elles restent, de leur nature même, sans influence sur les actes auxquels elles ont été ajoutées, et qui doivent être exécutés comme s'ils avaient été faits sans conditions. Art. 1173.

Les conditions juridiquement impossibles sont celles qui portent

[10] Il est certains actes qui n'admettent aucune condition, soit suspensive, soit résolutoire. C'est ce qui a lieu, par exemple, pour le mariage, et pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession. Voy. § 451, texte et note 6 : § 611, texte et note 2, et § 613, note 1re. Cpr. aussi : § 679, texte n° 3. — Les futurs époux peuvent-ils subordonner à une condition le choix de tel ou tel régime matrimonial ? Voy. § 504, texte et note 9.

[11] Telle était, en effet, la doctrine des Proculéiens, qui n'admettaient, à cet égard, aucune distinction entre les conventions et les testaments. Mais les Sabiniens enseignaient, sans doute à raison de la faveur dont jouissaient les testaments, que, dans les dispositions de dernière volonté, les conditions impossibles, illicites, ou immorales, devaient être réputées non écrites ; et leur opinion fut adoptée par Justinien. En rapportant cette dissidence d'opinions entre les deux écoles de jurisconsultes, Gaïus, qui appartenait cependant à celle des Sabiniens, disait (*Com.*, III, § 10) : *Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest.* Voy. aussi : Ulpien, L. 3, D. *de condit. et demonst.* (35, 1).

[12] Les rédacteurs du Code Napoléon ont cru devoir étendre aux donations entre-vifs la règle que le Droit romain n'admet que pour les testaments. Voy. à ce sujet la note 1re du § 692.

sur un fait à l'acomplissement duquel s'oppose un obstacle légal, et permanent en ce sens qu'il ne pourrait disparaître que par suite d'un changement de législation[13].

On doit considérer comme physiquement impossibles, non-seulement les conditions dont l'accomplissement est impossible d'une manière absolue, c'est-à-dire d'après les lois de la nature, mais encore les conditions dont l'accomplissement présente, dans les circonstances ordinaires, et eu égard aux moyens d'action qu'il s'agirait d'employer, des difficultés insurmontables[14], ainsi que celles dont la réalisation supposerait l'existence d'une personne ou d'une situation qui avait déjà cessé d'exister, au moment de la passation de la convention ou du décès du testateur[15].

Lorsqu'il y a impossibllité dans le sens qui vient d'être indiqué, il est indifférent que la condition porte sur un fait du stipulant, d'une tierce personne, ou du promettant lui-même, et que celui qui l'a imposée se soit ou non rendu compte de l'impossibilité de l'accomplir[16].

Une condition ne serait pas à considérer comme impossible, par cela seul que la personne chargée de l'accomplir, se trouverait hors d'état de le faire, si d'ailleurs elle était susceptible d'être remplie par d'autres personnes[17].

D'un autre côté, une condition ne rentre dans la catégorie des conditions impossibles, qu'autant que l'empêchement qui s'oppose à son accomplissement existait déjà au moment de la passation

[13] *Conditio quæ jure impleri non potest.* Un obstacle légal, susceptible d'être écarté au moyen de dispenses autorisées par la loi, comme par exemple la prohibition de mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, n'imprimerait pas à la condition d'un pareil mariage, le caractère d'une condition juridiquement impossible. Cpr. § 692, note 13.

[14] Cpr. L. 6, D. *de cond. inst.* (28, 7); L. 4, § 1, D. *de statu lib.* (40, 7).

[15] Telle serait la condition d'épouser une personne déjà morte. Une pareille condition est qualifiée de *falsa conditio,* dans la loi 72, § 7, D. *de condit.* (35, 1), comme n'ayant pu être attachée à la disposition que par suite d'une supposition erronée. Voy. encore : L. 6, § 1, D. *eod. tit.* : L. 45, D. *de her. inst.* (28, 5); L. 26, § 1, *de statu lib.* (40, 7).

[16] Savigny, *op. cit.*, III, p. 191 et suiv. Vangerow, § 93.

[17] L. 34, L. 137, § 5, D. *de V. O.* (45, 1). Toullier, VI, 22 et 482. Demolombe, XXV, 303. Zachariæ, § 302, note 7. Cpr. cep. Larombière, II, art. 1172-1173, n° 3.

de la convention ou du décès du testateur[18], et n'était pas de nature à disparaître par suite d'un changement à prévoir d'après les circonstances dont il dépendait[19]. Si donc l'accomplissement d'une condition n'était devenu impossible que par suite d'un obstacle survenu depuis la passation de l'acte auquel elle a été attachée, elle devrait être considérée, non comme impossible, mais comme ayant défailli. Il en serait de même, dans le cas de non-réalisation d'une condition dont l'accomplissement, impossible au premier moment, est devenu possible plus tard.

A la différence des conditions impossibles, les conditions portant sur des faits contraires à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs n'annulent pas toujours et indistinctement les conventions intéressées auxquelles elles sont attachées. Il convient, à cet égard, de distinguer entre les conditions véritablement immorales ou illicites, en ce qu'elles tendent à encourager l'immoralité ou la désobéissance à la loi, et celles qui, ayant au contraire pour objet d'assurer le respect de la loi ou des bonnes mœurs, ne présentent rien de répréhensible. Les premières seules rendent nuls les actes auxquels elles ont été ajoutées; les secondes ne portent aucune atteinte à la validité des obligations qui s'y trouvent soumises, et opèrent à l'instar de toute autre condition valable[20]. On doit, d'après cette distinction, et sauf les modifications résultant de circonstances particulières, décider :

D'une part, que toute obligation contractée, soit pour le cas où le stipulant commettrait un acte illicite ou omettrait d'accomplir un devoir, soit pour celui où le promettant accomplirait tel devoir ou ne commettrait pas tel acte illicite, est frappée de nullité.

[18] Voy. LL. 58 et 94, *prœ.*, D. *de cond. et demons.* (35, 1); LL. 19 et 20, § 3, D. *de statu lib.* (40, 7). Savigny, *op. cit.*, III, p. 166 et suiv. Zachariæ, § 302, note 7.

[19] On peut, en effet, supposer qu'un pareil changement, par cela même qu'il était plus ou moins probable, est entré dans les prévisions de celui qui a imposé la condition, et admettre, en conséquence, l'efficacité de celle-ci. L. 58, D. *de cond. et demons.* (35, 1). Cpr. Req. rej., 20 décembre 1831, Sir., 32, 1, 44. — Mais un changement survenu dans la législation ne rend pas valable la convention conclue sous une condition légalement impossible au moment du contrat. L. 35, § 1, L. 83, § 5, et L. 137, § 6, D. de *V. O.* (45, 1). Voy. sur cette distinction : Savigny, *op. cit.*, § 122 et suiv. ; Vangerow, II, p. 129 et suiv.

[20] Voy. L. 123, D. *de V. O.* (45, 1); LL. 9 et 27, *prœ.*, D. *de cond. inst.* (28, 7); L. 5, C. *eod. tit.* (6, 25) ; L. 7, § 3, D. *de pact.* (2, 14). Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 34. Demolombe, XXV, 304.

D'autre part, que l'obligation contractée pour le cas où, soit le promettant lui-même, soit un tiers commettrait un acte illicite, ou négligerait de remplir un devoir, est valable, et devra être exécutée si la condition vient à se réaliser[21].

Au surplus, les conditions à considérer comme illicites sont non-seulement celles qui seraient contraires à une prescription spéciale et formelle de la loi, mais encore celles qui tendraient à restreindre ou à entraver l'exercice des droits ou facultés dérivant de la liberté naturelle ou civile de l'homme, et notamment de la faculté de se marier, de changer de religion, d'embrasser tel ou tel état, et de se livrer à telle ou telle industrie. Cette proposition, dont l'application se présente surtout en matière de donations et de legs, sera plus amplement développée au § 692.

Les obligations procédant de conventions intéressées peuvent être valablement subordonnées à des conditions portant sur des actes qu'il dépend de la volonté du promettant d'accomplir ou d'omettre[22]. Mais toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition qui en fait dépendre le lien même de la seule volonté du promettant[23]. Art. 1174[24]. Ainsi, une pro-

[21] L. 121, § 1, D. *de V. O.* (45, 1) ; L. 2, C. *si mancip.* (4, 56). Savigny, *op. cit.*, § 122. Vangerow, *op. cit.*, III, p. 137. Windscheid, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, § 94. Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 33 et suiv., et 130-131. Accarias, *Revue critique*, 1867, XXXI, p. 90. Demolombe, XXV, 306 et 307. Voy. en sens contraire : Larombière, I, p. 34 et 35, nº 9. D'après cet auteur, l'obligation contractée pour le cas où le promettant commettrait une action illicite ou immorale serait nulle, comme dépendant d'une condition contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. En émettant cette opinion, il nous paraît confondre la théorie de la cause des obligations avec celle des conditions. Quant aux LL. 19, D. *de V. O.* (45, 1) et 2. C. *de inut. stip.* (8, 39), qu'il invoque, elles contiennent des solutions spéciales, fondées sur le principe du Droit romain, qui défend de restreindre, par une peine conventionnelle, la liberté de contracter ou de rompre un mariage.

[22] La règle *Donner et retenir ne vaut*, consacrée par les art. 944 et suiv., conduit, en matière de donations entre-vifs, à une solution contraire à la proposition énoncée au texte. Cpr. § 699.

[23] *Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit.* L. 108, § 1, D. *de V. O.* (45, 1). Lorsque le débiteur n'est obligé que sous son bon plaisir, il ne peut y avoir ni lien de droit, ni obligation juridique. Pothier, nº 205.

[24] La condition potestative à laquelle s'applique l'art. 1174 n'est pas comme, on pourrait le croire en s'attachant à la définition donnée par l'art. 1170, celle

messe de vente faite sous la condition, *si je vais à Paris, si je me marie*, est valable ; tandis qu'elle serait nulle si elle avait été faite, sous la condition, *si je le veux*[25], ou même sous la condition, *si je le juge bon* ou *raisonnable*[26].

Au contraire, la condition, *si cela est juste* ou *raisonnable*, ajoutée à une promesse, ne serait pas potestative dans le sens de l'art. 1174, et ne rendrait pas nulle l'obligation[27]. Spécialement, la convention portant qu'un employé dans une maison de commerce recevra annuellement une gratification raisonnable, dont il laisse la fixation à la générosité des chefs de la maison, déclarant s'en remettre entièrement à leur bonne foi, ne saurait être considérée comme faite sous une condition purement potestative de la part de ces derniers. L'engagement contracté en ces termes est valable en soi, et il appartient au juge d'apprécier si la gratification offerte est raisonnable et fixée de bonne foi[28].

Du reste, rien n'empêche que, dans les contrats parfaitement synallagmatiques, l'une des parties ne soit valablement obligée, bien que l'engagement corrélatif de l'autre n'ait été contracté que sous une condition potestative de sa part. Seulement cette dernière ne pourra-t-elle réclamer l'exécution de l'obligation contractée à son profit, sans exécuter de son côté son propre engagement. C'est ce qui a lieu notamment dans les ventes de choses qu'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, ou dans les ventes conclues sous la condition résolutoire, *si res displicuerit*[29].

dont l'accomplissement dépend de la volonté de l'une des parties, mais celle qui fait dépendre de cette volonté le lien même de l'obligation. C'est par suite d'un paralogisme que les rédacteurs du Code ont été amenés à rédiger d'une manière vicieuse une règle que Pothier (*loc. cit.*), dont ils ont évidemment voulu suivre la doctrine, énonce dans les termes que nous avons employés au texte.

[25] L. 46, § 3, D. *de V. O.* (45, 1). Toullier, VI, 494 et 495. Demolombe, XXV, 314 à 317. Cpr. Montpellier, 15 février 1828, Sir., 28, 2, 238 ; Rouen, 12 novembre 1852, Sir., 53, 2, 332 ; Lyon, 6 février 1857, Sir., 57, 2, 560 ; Civ. cass., 30 juin 1857, Sir., 59, 1, 836 ; Req. rej., 4 juillet 1859, Sir., 59, 1, 758.

[26] Toullier, VI, 499. Duranton, XI, 23. Larombière, II, art. 1174, n° 3. Voy. cep. sur la condition, apposée à un legs, *si mon héritier le juge convenable* : §§ 655 et 656, texte n° 1, lett. *a*. — *Quid* de la condition *quand je voudrai*, ou *quand je pourrai ?* Cpr. § 303.

[27] Duranton, XI, 23. Larombière, II, art. 1174, n° 3. Demolombe, XXV, 318.

[28] Lyon, 10 mars 1864, Sir., 64, 2, 256.

[29] En effet, l'art. 1174 ne s'applique qu'à l'obligation contractée par celui

3° De la manière dont les conditions doivent être accomplies. Des cas dans lesquels une condition est tenue pour accomplie.

Les conditions doivent être accomplies *in forma specifica*, c'est-à-dire de la manière indiquée par l'acte auquel elles ont été ajoutées, à moins que, d'après l'intention vraisemblable des parties ou du testateur, on ne doive admettre qu'elles sont également susceptibles de l'être *per æquipollens* [30]. Art. 1175.

Il résulte du principe qui vient d'être posé, qu'une condition ne peut être réputée accomplie, qu'autant qu'elle l'a été intégralement, et que son accomplissement partiel ne donne point, dans une proportion correspondante, ouverture au droit qui y est subordonné, encore bien qu'il s'agisse d'un fait essentiellement divisible. Cette règle reste applicable, dans le cas même où la partie à laquelle une condition a été imposée, est venue à décéder laissant plusieurs héritiers [31].

Il suit également du principe ci-dessus établi, que la question de savoir si une condition portant sur un fait à accomplir par l'une des parties, peut être remplie par un tiers, doit être résolue affirmativement ou négativement, selon qu'il paraît, d'après les circonstances, que le fait a été considéré en lui-même, ou comme exclusivement personnel à cette partie [32].

qui s'engage sous une condition purement potestative de sa part, et non à celle qui se trouve subordonnée à une condition purement potestative de la part de la personne envers laquelle l'obligation est contractée. L. 3, D. *de contr. empt.* (18, 1). L. 4, C. *de adil. edic.* (4, 58). Toullier, VI, 494. Duranton, XI, 30. Larombière, II, art. 1174, n° 11. Colmet de Santerre, V, 94 *bis*, IV. Demolombe, XXV, 323 à 328. Amiens, 25 avril 1826, Sir., 29, 2, 211. Req. rej., 2 juillet 1839, Sir., 39, 1, 975. Paris, 20 juillet 1840, Sir., 40, 2, 445. Req. rej., 25 juillet 1849, Sir., 50, 1, 520. Paris, 26 mai 1857, Sir., 58, 2, 117. Req. rej., 22 janvier 1868, Sir., 68, 1, 293, Cpr. Bourges, 10 juillet 1828, Sir., 29, 2, 41.

[30] Pothier, n° 206. Toullier, VI, 586. Larombière, II, art. 1175, n°s 2 à 4. Colmet de Santerre, V, 95 et 95 *bis*. Zachariæ, § 302, texte, note 10. Cpr. Bourges, 10 juillet 1828, Sir., 29, 2, 41.

[31] LL. 22 et 56, D. *de cond. et demonst.* (35, 1). Pothier, n°s 215 à 217. Toullier, VI, 598 à 607. Duranton, XI, 53 à 55. Larombière, II, art. 1175, n°s 22 et 31. Bufnoir, *op. cit.*, p. 72. Demolombe, XXV, 336. Zachariæ, § 302, texte et note 11.

[32] Pothier, n° 207. Toullier, n°s 592 et 593. Duranton, XI, 45. Larombière, II, art. 1175, n°s 5 et 6. Demolombe, XXV, 333.

Lorsqu'une condition affirmative a été imposée avec indication d'un temps déterminé pour son accomplissement, elle est à considérer comme défaillie, par cela seul que ce temps s'est écoulé sans que l'événement soit arrivé, et il n'appartiendrait pas au juge d'accorder une prorogation de délai. Art. 1176. Que si un délai a été fixé pour la réalisation d'une condition négative, la condition se trouvera accomplie par l'expiration du délai sans que l'événement soit arrivé. Une pareille condition serait même réputée accomplie dès avant l'expiration du délai, s'il était devenu certain que l'événement n'arrivera pas. Art. 1177.

Lorsqu'aucun délai n'a été fixé pour l'accomplissement d'une condition affirmative, apposée à un acte entre-vifs, la condition peut être utilement accomplie à quelque époque que ce soit, même après la mort du créancier, à moins qu'elle ne porte sur un fait qui devait être accompli par lui personnellement. Art. 1179. Au contraire, en matière de legs, la condition ne peut, en général, s'accomplir utilement après la mort du légataire. Art. 1040.

La condition négative, pour la réalisation de laquelle il n'y a pas de temps déterminé, n'est réputée accomplie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas. Art. 1177. Lors donc qu'il s'agit d'une condition suspensive de ne pas faire, imposée au créancier, et qui ne peut se vérifier qu'à sa mort, il faut, en général, attendre cette époque pour juger si la condition a été accomplie [33].

Les conditions potestatives ou mixtes qui ne se sont pas réalisées doivent être considérées comme défaillies, quand même la cause qui en fait manquer l'accomplissement consisterait dans le refus d'un tiers ou dans un événement de force majeure [34]. La rigueur de la règle fléchirait cependant en matière de legs, si le légataire avait fait tout ce qui dépendait de lui pour accomplir la condition, et si les circonstances conduisaient à reconnaître que le testateur n'avait pas entendu subordonner, d'une manière absolue, sa libéralité à la réalisation effective de la condition [35].

[33] Voy. cep. sur le tempérament apporté à cette règle en matière de legs : § 717, texte *in fine*.

[34] Pothier, nos 213 et 214. Toullier, VI, 610. Duranton, XI, 62 à 65. Demolombe, XXV, 353.

[35] « *In conditionibus, primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones.* » L. 19, *præ.*, D. *de cond. et demons.* (35, 1). Cpr. LL. 31 et 101, D. *eod. tit.*; L. 8, § 7, D. *de cond. inst.* (28, 7) ; L. 4, C. *de cond. ins. tam leg.*

Une condition qui a défailli est, malgré cela, réputée accomplie, lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. Art. 1178 [36]. Il en serait toutefois autrement, si, en agissant ainsi, le débiteur n'avait fait qu'exercer un droit [37]. Le créancier qui invoque la disposition de l'art. 1178, n'est pas tenu de prouver que, sans l'empêchement provenant du débiteur, la condition eût été accomplie [38].

Une condition une fois accomplie ne peut plus défaillir par suite d'événements postérieurs ; et, réciproquement, une condition qui a fait défaut, ne peut plus revivre pour être encore utilement accomplie [39].

4° *Des effets des conditions.*

Pour déterminer les effets des conditions, il convient de distinguer entre la condition suspensive et la condition résolutoire, et d'examiner spécialement, à l'occasion de cette dernière, ce qui est relatif au pacte commissoire.

a. *De la condition suspensive.*

α. Tant que la condition suspensive est en suspens, c'est-à-dire tant qu'il est incertain si elle sera ou non accomplie, l'obligation soumise à une condition de cette nature n'existe pas d'une manière définitive [40].

(6. 46) ; L. 54, L. *de leg.*, 1° (30). Ricard, *Des donations*, n° 439 et suiv. Pothier, n° 213. Toullier, VI, 610 à 614. Duranton, XI, 62 à 65. Troplong, *Des donations*, I, 328 à 338. Larombière, II, art. 1178, n° 16. Demolombe, XXII, 322, et XXV, 353.

[36] Cpr. Caen, 13 décembre 1816, Sir., 18, 2, 187 ; Req. rej., 3 mai 1818, Sir., 19, 1, 162 ; Toulouse, 10 août 1844, Sir., 45, 2, 152.

[37] L. 72, § 7, D. *de cond. demons.* (35, 1). Larombière, II, art. 1178, n° 2. Demolombe, XXV, 350 et suiv.

[38] Civ. cass., 6 août 1866, Sir., 66, 1, 397. Rouen, 23 janvier 1867, Sir., 67, 2, 218.

[39] *Conditio semel impleta non resumitur. Conditio quæ defuit non restauratur.* Toullier, VI, 642 et 643. Demolombe, XXV, 354. Zachariæ, § 302, note 17.

[40] La formule employée au texte nous paraît plus exacte que celle du 2e al. de l'art. 1181, d'après lequel la condition suspensive retarderait seulement l'exécution de l'obligation, et n'en suspendrait pas l'existence définitive, ce qui ferait disparaître la différence essentielle qui existe entre la condition suspensive et un simple terme. Cpr. art. 1185. Duranton, XI, 72. Marcadé, sur l'art. 1181. Larombière, II, art. 1181, n° 2. Demolombe, XXV, 356.

Le débiteur sous condition suspensive ne doit rien avant l'arrivée de la condition. *Pendente conditione nondum debetur*. Il ne peut donc jusque-là être poursuivi en exécution de son obligation ; et ce qu'il aurait payé par erreur serait sujet à répétition [41]. Mais aussi la prescription extinctive ne court-elle pas à son profit, tant que la condition est en suspens. Art. 2257, al. 1.

Celui qui a aliéné, sous une condition suspensive, une chose déterminée dans son individualité, en reste propriétaire, tant que cette condition n'est pas accomplie [42]. De là découlent, entre autres, les conséquences suivantes :

La chose demeure aux risques et périls de celui qui l'a aliénée sous condition [43]. Il ne peut donc, si elle est venue à périr avant l'arrivée de la condition, réclamer l'exécution de l'engagement pris à son profit, en échange de l'obligation de livrer qu'il avait contractée. Cette dernière obligation est censée n'avoir jamais existé faute d'objet, et la première doit être considérée comme n'ayant jamais existé faute de cause [44]. Art. 1182, al. 1 et 2.

Le vendeur ou donateur sous une condition suspensive, conserve, tant qu'elle n'est pas accomplie, non-seulement le droit d'administration, mais encore celui de disposition, et demeure investi, tant activement que passivement, de toutes les actions, possessoires ou pétitoires, relatives à la chose vendue ou donnée [45].

Toutefois, les droits réels ou d'antichrèse qu'il a consentis sur cette chose s'évanouissent par l'accomplissement de la condition, sauf, le cas échéant, l'application de l'art. 2279. D'un autre côté,

[41] Arg. *a contrario*, art. 1185 et 1186. Cpr. L. 16, D. *de cond. ind.* (12. 6). Pothier, n° 218. Duranton, XIII, 688. Larombière, II, art. 1181, n° 5. Demolombe, XXV, 358. Zachariæ, § 302, texte et note 18.

[42] *Exposé des motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.* XII, p. 341, n° 68).

[43] Il est cependant à remarquer qu'en matière de donations, le dommage résultant de la perte de la chose retombe en définitive sur le créancier, lorsque la condition vient à s'accomplir ultérieurement. Duranton, XI, 76. Colmet de Santerre, V, 101 *bis*. Demolombe, XXV, 420.

[44] C'est à tort que le second alinéa de l'art. 1182 dit qu'en pareil cas l'*obligation est éteinte* ; car, en réalité, elle est à considérer comme n'ayant jamais eu d'existence. Delvincourt, sur l'art. 1182. Toullier, VI, 583, à la note. Duranton, XI, 74 et 76. Marcadé, sur l'art. 1182, n° 1. Larombière, II, art. 1182, n°s 1 et 2. Colmet de Santerre, V, 100 et 101 *bis*, I. Zachariæ, § 302, note 19. Voy. cep. Demolombe, XXV, 425 à 427.

[45] Larombière, II, art. 1181, n° 6.

les jugements rendus contre lui seul, ne sont point opposables à l'acquéreur ou au donataire[46]. Quant aux actes d'administration, ils devraient être maintenus, s'ils avaient été passés de bonne foi[47].

Les créanciers du vendeur ou du donateur sous condition suspensive sont autorisés à saisir la chose vendue ou donnée, tout comme les autres biens de leur débiteur. Seulement, s'il s'agissait d'une saisie immobilière, poursuivie par un simple créancier chirographaire, ou par un créancier hypothécaire, postérieur à la transcription de l'acte d'aliénation, et qu'il n'existât pas de créanciers hypothécaires antérieurs, le jugement d'adjudication ne pourrait, après l'accomplissement de la condition, être opposé à l'acquéreur ou au donataire[48].

Lorsque l'immeuble aliéné sous condition suspensive est grevé d'hypothèques du chef de précédents propriétaires, les créanciers auxquels elles appartiennent sont autorisés à diriger leurs poursuites contre le vendeur ou le donateur seul.

Mais aussi ce dernier jouit-il à leur égard de la faculté de purger, et même de celle de délaisser. Si la purge n'est pas suivie de surenchère, elle profitera, après l'accomplissement de la condition, à l'acquéreur ou au donataire. Que si la purge a été suivie de surenchère, ou si, en l'absence de purge, l'immeuble a été saisi réellement, le jugement d'adjudication prononcé au profit d'un tiers, soit après surenchère, soit sur expropriation poursuivie contre le curateur au délaissement ou contre le vendeur ou le donateur lui-même, est toujours opposable à l'acquéreur ou au donataire[49].

[46] Voy. pour le développement de cette proposition : § 769, texte n° 2, lett. *a*.

[47] Arg. art. 1673. Cpr. § 220 *bis*, texte et note 12. Larombière, art. 1181, n° 20. Demolombe, XXV, 399. Req. rej., 11 avril 1821, Sir., 21, 1, 254.

[48] Dans le concours des circonstances indiquées au texte, le droit de l'acquéreur ou donataire étant antérieur à ceux des créanciers, la poursuite exercée par ces derniers ne saurait lui préjudicier. Mais il en est autrement, au cas où il existe des créanciers hypothécaires antérieurs à la transcription de l'acte d'aliénation ; et cela, bien que l'expropriation n'ait pas eu lieu à leur requête, puisqu'ils étaient incontestablement en droit de saisir l'immeuble sur le vendeur ou donateur, comme possesseur, sans égard à l'aliénation sous condition par lui passée, et que la saisie pratiquée par n'importe quel créancier leur est devenue commune à partir de l'accomplissement de la formalité prescrite par l'art. 693 du Code de procédure.

[49] Larombière, II, art. 1181, n° 7.

Dans le cas où l'immeuble vendu sous condition suspensive se trouve entre les mains d'un tiers possesseur, la prescription acquisitive au profit de ce dernier court, tant que la condition est en suspens, contre le vendeur, resté investi de toutes les actions réelles, sans que l'acquéreur puisse, pour le temps antérieur à l'accomplissement de la condition, se prévaloir d'une cause de suspension ou de prolongation du délai de la prescription qui aurait existé dans sa personne [50].

Quoique l'obligation soumise à une condition suspensive n'existe pas d'une manière définitive, tant que la condition est en suspens, le créancier n'en est pas moins immédiatement investi, en vertu de son titre, d'un droit éventuel, transmissible à ses héritiers [51].

Pour la garantie de ce droit, le créancier conditionnel est

[50] Voy. en sens contraire : Duranton, IX, 312 ; Larombière, II, art. 1181, n° 16. Ces auteurs se fondant sur ce que la condition une fois accomplie rétroagit au jour de la vente ou de la donation, en tirent la conséquence, que la prescription est censée avoir couru, *pendente conditione*, contre l'acquéreur ou le donataire. Cette opinion serait exacte sans doute, si l'ancien propriétaire, après avoir vendu l'immeuble sous condition, en avait consenti une seconde aliénation pure et simple au profit d'un tiers. Dans ce cas, en effet, il ne saurait être question de prescription qu'à l'encontre de l'acquéreur sous condition, puisque le tiers possesseur, devenu par l'effet même de l'aliénation passée à son profit, propriétaire de l'immeuble vis-à-vis de son auteur, n'avait pas à en prescrire la propriété contre lui. Mais il doit en être autrement, lorsque, comme nous le supposons au texte, le tiers possesseur ne tenant pas ses droits du vendeur sous condition, c'est bien contre le droit de propriété de celui-ci qu'opère la possession, et que se trouve dirigée la prescription acquisitive, tant et aussi longtemps que la condition reste en suspens. Quant à la rétroactivité attachée à l'accomplissement de la condition, elle a sans doute pour effet de sauvegarder les droits de l'acquéreur sous condition vis-à-vis du vendeur ou de ses ayants cause ; mais on ne comprendrait pas qu'elle pût, au détriment d'un tiers complétement étranger aux parties, modifier les conditions et les effets d'une prescription qui a régulièrement couru contre l'ancien propriétaire. Cpr. § 696, texte n° 3, lett. *c*, et texte n° 4, *in fine*.

[51] C'est ce qui ressort nettement des art. 1179 et 1180. Les jurisconsultes romains, tout en qualifiant de *spes* seulement le bénéfice d'une obligation conditionnelle, reconnaissent cependant que ce bénéfice est tout à la fois transmissible aux héritiers, et susceptible de cession. Ils attribuent même la qualité de créancier à celui au profit duquel l'obligation a été contractée. Voy. § 4, *Inst. de V. O.* (3, 15) ; L. 73, § 1, D. *ad leg. fal.* (35, 2) ; L. 42, *prœ.*, D. *de oblig. et act.* (44, 7); L. 54, D. *de V. S.* (50, 16).

autorisé à prendre toutes mesures conservatoires [52]. Art. 1180. Il peut notamment requérir inscription, pour la conservation de l'hypothèque constituée à son profit; et l'effet de son inscription remontera, non pas seulement à l'accomplissement de la condition, mais à la date à laquelle elle a été prise [53]. Il est même autorisé à demander, dans les distributions de deniers ou ordres ouverts sur le débiteur, une collocation éventuelle pour le montant de sa créance [54].

Pareillement, l'acquéreur sous condition d'un immeuble est recevable à former, contre le tiers possesseur de cet immeuble, toute demande tendante à interrompre la prescription acquisitive qui court contre lui-même, ou celle qui, courant contre son auteur, serait susceptible de lui être opposée après l'accomplissement de la condition [55].

D'un autre côté, le créancier conditionnel peut, avant l'accom-

[52] Cpr. sur les mesures conservatoires en général : § 311. Voy. spécialement sur la demande en reconnaissance de signature : § 265, texte n° 2, lett. *c*; sur le droit d'exercer les actions du débiteur : § 312 ; sur la demande en séparation de patrimoines : § 619, texte n° 1.

[53] Art. 2132 et 2148, n° 4, cbn. art. 2134. Voy. cep. loi du 3 septembre 1807, art. 1 ; § 272, texte n° 1, et note 3. Larombière, II, art. 1180, n° 2, et art. 1181, n° 18. Zachariæ, § 302, note 20.

[54] Pothier, n° 222. Toullier, VI, 528. Duranton, XI, 69. Grenier, *Des hypothèques*, I, 187. Troplong, *Des hypothèques*, IV, 953 *ter*. Colmet de Santerre, 99 *bis*, I. Demolombe, XXV, 370. Zachariæ, *loc cit*. Larombière, II, art. 1180, n°s 3 et 4. Ce dernier auteur, tout en reconnaissant avec nous que le créancier conditionnel peut demander une collocation éventuelle sur les deniers à distribuer par suite de faillite, d'acceptation bénéficiaire ou de vacance d'une succession, et même d'une saisie-exécution, lui refuse cette faculté, quand il s'agit de deniers frappés de saisie-arrêt. Il se fonde sur ce que de pareils deniers devant être exclusivement attribués aux créanciers saisissants ou opposants, le créancier conditionnel ne saurait y avoir aucune part, par cela même qu'il n'est pas admis à former une saisie-arrêt. Mais ce raisonnement n'est rien moins que concluant. S'il est vrai de dire que le créancier conditionnel ne peut pratiquer une saisie-arrêt, qui constituerait de sa part un acte d'exécution contre le débiteur, on ne voit pas pourquoi il serait privé du droit d'intervenir dans l'instance en validité de saisie-arrêt, pour empêcher que les deniers saisis-arrêtés soient exclusivement attribués, à son détriment, aux créanciers saisissants ou opposants. Duranton, XI, 70. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Demolombe, XXV, 371. Cpr. § 285, texte n° 2, et note 6.

[55] Voy. § 213, texte n° 2, lett. *b*, notes 17 et 21 ; texte et note 50 *supra*.

plissement de la condition, renoncer à son droit, ou en disposer par voie de cession ou de nantissement[56].

L'acquéreur sous condition d'un immeuble est de même autorisé à l'aliéner ou à l'hypothéquer. Art. 2125. Mais il ne serait admis, ni à purger son acquisition [57], ni à demander la distraction de l'immeuble qui aurait été saisi sur son auteur[58].

Enfin, lorsque le titre du créancier ou acquéreur conditionnel est de sa nature irrévocable, le droit qui en résulte ne peut souffrir aucune atteinte de la promulgation d'une loi nouvelle[59].

β. La condition suspensive venant à défaillir, l'obligation et le droit qui y est corrélatif sont, *ipso facto*, à considérer comme n'ayant jamais existé. Ainsi, par exemple, l'acquéreur qui aurait été mis en possession de la chose par lui acquise sous condition serait obligé de la restituer, avec tous ses accessoires et avec les fruits qu'elle a produits[60].

γ. La condition suspensive venant à s'accomplir, l'obligation et le droit qui y est corrélatif sont à considérer comme n'ayant jamais été subordonnés à une condition. Art. 1179.

Il résulte de là, que le débiteur est tenu de délivrer la chose formant l'objet de l'obligation avec tous les accroissements qu'elle a reçus pendant que la condition se trouvait en suspens[61].

Le débiteur est de même tenu, en principe, de restituer les fruits qu'il a perçus *pendente conditione*[62].

[56] Cpr. § 323, texte n° 1 ; § 359, texte *in principio*. Demolombe, XXV, 362.

[57] Voy. § 293 *bis*, texte n° 3, et note 22.

[58] L'acquéreur sous condition, ne pouvant former opposition à une vente pure et simple que voudrait passer son auteur, ne peut pas davantage paralyser le droit de saisie des créanciers de ce dernier. Cpr. note 48 *supra*.

[59] Cpr. § 30, texte II, n° 3. Colmet de Santerre, V, 100 *bis*, II. Demolombe, XXV, 360.

[60] L. 8, *præ.*, D. *de per. et com. rei vend.* (18, 6). Toullier, VI, 547. Larombière, II, art. 1181, n° 10. Demolombe, XXV, 376.

[61] Pothier, n° 219. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 341 et 342, n° 68). Duranton, XI, 80. Larombière, II, art. 1181, n° 13. Colmet de Santerre, V, 98. Zachariæ, § 302, texte et note 23. — La proposition énoncée au texte s'appliquerait même à la moitié du trésor, attribuée *jure soli* au propriétaire du fonds dans lequel il a été découvert. Larombière, *loc. cit.*

[62] Marcadé, sur l'art. 1179, n° 2, et sur l'art. 1182, n° 2. Larombière, II, art. 1181, n° 14. Zachariæ, § 302, texte et note 24. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 541, 545 et 548 ; Duranton, XI, 82 ; Colmet de Santerre, V, 98 *bis*, II ; Demolombe, XXV, 401. Le premier de ces auteurs attribue au dé-

Toutefois, cette dernière proposition est sujette à modification quant aux legs conditionnels, soumis à la nécessité d'une demande en délivrance [63]. D'un autre côté, elle fléchirait devant l'intention des parties de dispenser le débiteur de la restitution des fruits. Une pareille intention doit facilement s'admettre en matière de donations et peut, dans les conventions intéressées, s'induire de la nature et de l'ensemble des clauses du contrat. Il en serait ainsi, en fait d'échange, ou dans le cas d'une vente faite avec la clause que l'acquéreur ne devra les intérêts du prix qu'à partir de l'accomplissement de la condition. Il est, d'ailleurs, bien entendu que ce dernier ne pourra jamais demander la restitution des fruits, qu'à charge de tenir compte des intérêts de son prix à partir du jour du contrat.

biteur les fruits perçus *medio tempore*, par application des art. 549 et 550, le second, par argument de l'art. 1182, al. 3, combiné avec la maxime *Eum sequi debent commoda, quem sequentur incommoda*. Ces raisonnements ne nous paraissent pas concluants. Les dispositions des art. 549 et 550 sont absolument étrangères à la question, puisque le débiteur, personnellement obligé, envers le créancier, à la délivrance de la chose qui forme l'objet de l'obligation conditionnelle, ne peut être placé sur la même ligne que le tiers possesseur de bonne foi, dans l'intérêt duquel ont été établies ces dispositions. Quant à l'art. 1182, al. 3, nous ne croyons pas qu'on en puisse tirer argument, parce que l'exception qu'il consacre au principe de la rétroactivité établie par l'art. 1179, n'est rien moins que rationnelle (cpr. note 64 *infra*), et qu'ainsi on doit en restreindre l'application à l'hypothèse dont il s'occupe : *Quod contra rationem juris receptum est, non producendum ad consequentias*. Enfin, la considération tirée de la maxime *Eum sequi debent commoda, quem sequentur incommoda*, est ici sans force, puisque, malgré la disposition de l'art. 1182, al. 3, qui met les détériorations casuelles à la charge du débiteur, on admet que les accroissements doivent profiter au créancier. Cpr. texte et note 61 *supra*. M Colmet de Santerre ne reproduit pas ces arguments, dont il paraît avoir reconnu le peu de valeur ; il se borne à présenter des considérations qui ne sont point à notre avis suffisantes pour écarter en principe, quant au sort des fruits perçus *pendente conditione*, l'application de l'art. 1179. Enfin, M. Demolombe se fonde sur ce que la rétroactivité opère *in jure tantum, et non in facto*, et sur ce que la perception des fruits est un fait ineffaçable. A notre avis, ce raisonnement porte à faux. La rétroactivité ne saurait sans doute effacer le fait même de la perception des fruits par le débiteur ; mais il reste toujours la question de savoir si ce dernier peut ou non conserver en vertu d'un titre opposable au créancier, les fruits qu'il a perçus ; et c'est là une question de droit qui doit se résoudre négativement par application du principe de la rétroactivité. Cpr. note 76 *infra*.

[63] En pareil cas, les fruits ne seront dus qu'à partir de la demande en délivrance, qui ne peut être formée qu'après l'accomplissement de la condition. V. § 718.

Pour rester conséquent au principe de rétroactivité ci-dessus établi, le législateur aurait également dû mettre à la charge du créancier les détériorations que la chose a pu subir, *pendente conditione,* sans la faute du débiteur. Mais par une assimilation, théoriquement inexacte, de cette hypothèse avec celle où la chose a totalement péri, il a mis de fait les risques à la charge du débiteur, en laissant au créancier la faculté de résoudre l'obligation, lorsqu'il ne veut pas prendre la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix [64]. Art. 1182, al. 3. Que si les détériorations ont été causées par la faute du débiteur, le créancier a le choix, ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages-intérêts. Art. 1182, al. 4.

Le principe de la rétroactivité des conditions accomplies ne concerne pas seulement les rapports des parties entre elles; il règle également le sort des actes passés par le débiteur sous condition et des jugements rendus contre lui, *pendente conditione,* en ce sens que, sauf les modifications indiquées à la lettre α ci-dessus, ces actes ou jugements ne sont pas opposables au créancier.

Malgré la généralité de la règle posée par l'art. 1179, elle cesse de recevoir application au regard des tiers, lorqu'il s'agit d'une condition purement potestative de la part du débiteur [65]; et la même exception semble devoir être admise en ce qui concerne les condi-

[64] La loi 8, *prœ.*, D. *de peric. et commod. rei vend.* (18, 6), suivie dans notre ancienne jurisprudence française (Pothier, n° 219), était beaucoup plus rationnelle, et les raisons données par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 341 et 342, n° 68), pour motiver le changement de législation introduit par le Code, nous semblent de bien peu de poids. Il y a une immense différence entre le cas où la chose a totalement péri, et celui où elle a seulement été détériorée. Dans le premier, l'obligation de livrer et l'obligation de payer n'ont eu, ni l'une ni l'autre, d'existence définitive ; la première, faute d'objet, la seconde, faute de cause. Il ne saurait donc être question de la rétroactivité d'obligations qui sont censées n'avoir jamais existé. Dans le second cas, au contraire, les détériorations que la chose a subies n'empêchent pas qu'elle n'existe, que par conséquent elle ne puisse former, d'une part, l'objet de l'obligation de livrer, et, d'autre part, la cause de l'obligation de payer. Le dommage résultant de ces détériorations devrait donc, en vertu du principe de la rétroactivité, être supporté par le créancier de la chose qui les a subies. Art. 1245. Toullier, VI, 538. Duranton, XI, 80, Marcadé, sur l'article 1182, n° 2. Larombière, II, art. 1182, n° 7. Voy. cep. Colmet de Santerre, V, 101 *bis*, III ; Demolombe, XXV, 437.

[65] Cette proposition, qui n'est pas contestable, est généralement admise. Cpr. cep. Demolombe, XXV, 390 à 395.

tions portant sur un fait qu'il dépendait de la volonté de ce dernier d'accomplir ou d'omettre. Si donc, après avoir aliéné un immeuble sous une condition de cette nature, l'ancien propriétaire le vendait une seconde fois purement et simplement à un tiers, cette seconde vente devrait être maintenue, malgré la réalisation ultérieure de la condition, sauf seulement, en ce cas, le recours en dommages-intérêts de l'acquéreur conditionnel contre son auteur[66].

b. *De la condition résolutoire en général, et spécialement du pacte commissoire.*

α. Tant que la condition résolutoire est en suspens, l'obligation doit être envisagée comme non conditionnelle, et, par suite, comme ayant, dès le moment de la formation de la convention, une force juridique pleine et entière. Art. 1183, al. 2.

Le créancier sous condition résolutoire peut donc exercer, *pendente conditione*, tous les droits et actions qui lui compéteraient si l'obligation était pure et simple.

L'acquéreur sous condition résolutoire d'un immeuble jouit de tous les droits et bénéfices appartenant au propriétaire dont le titre n'est soumis à aucune cause de résolution. C'est ainsi que, lorsque l'immeuble par lui acquis est grevé d'hypothèques du chef de son auteur ou de précédents propriétaires, il est admis à en

[66] L. 9, § 1, D. *qui pot. in pig.* (20, 4). Merlin, *Quest.*, v° Hypothèques, § 3. Toullier, VI, 546. Troplong, *Des hypothèques*, II, 474. Zachariæ, § 302, note 22. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 484 et 485 ; Larombière, II, art. 1179, n° 10 ; Demolombe, XXV, 386 et 387. Ces auteurs invoquent, en faveur de leur opinion, la règle de rétroactivité posée, d'une manière générale et sans distinction, par l'art. 1179. Il est vrai que l'accomplissement de la condition opère avec effet rétroactif, même à l'égard des tiers. Mais la question qui se présente au cas spécial est de savoir si la condition a pu utilement s'accomplir au détriment des tiers ; or, c'est ce que nous ne saurions admettre, par la raison qu'il ne peut pas dépendre du vendeur d'anéantir la vente pure et simple, en accomplissant ultérieurement la condition potestative de sa part à laquelle était subordonnée la vente conditionnelle. En vain objecte-t-on que le vendeur ne peut pas davantage, par le fait d'une vente pure et simple, empêcher l'exécution pleine et entière de la convention antérieurement intervenue entre lui et l'acquéreur conditionnel. Cette objection ne nous touche pas : le vendeur sous une condition dépendante de sa volonté, était en définitive resté le maître du sort du contrat ; tandis que, par la vente pure et simple consentie ultérieurement, il s'est trouvé engagé d'une manière irrévocable. La position de l'acquéreur pur et simple, en faveur duquel milite en outre la maxime *Melior est conditio possidentis*, est donc à tous égards préférable à celle de l'acquéreur sous condition.

opérer la purge, et peut, sur les poursuites dirigées contre lui, opposer l'exception de discussion[67].

D'un autre côté, il a qualité pour exercer toutes les actions, possessoires ou pétitoires, relatives à l'immeuble par lui acquis, et pour répondre aux demandes des tiers. Il est spécialement autorisé, au cas d'acquisition d'une part indivise dans un immeuble, à en provoquer le partage, ou, le cas échéant, la licitation. Enfin, il peut prescrire, tant contre le véritable propriétaire, que contre tous ceux qui prétendraient des droits réels sur l'immeuble[68]. C'est aussi contre lui que court la prescription, sans que, après l'événement de la condition, l'ancien propriétaire soit admis à se prévaloir de causes de suspension qui auraient existé dans sa personne *pendente conditione*[69].

Toutefois, et par une exception toute spéciale, l'acquéreur sous pacte de rachat ne peut user de la faculté d'expulser le fermier, tant qu'il n'est pas devenu propriétaire incommutable par l'expiration du délai fixé pour le réméré.

Du reste, bien que l'obligation soumise à une condition résolutoire soit, avant l'accomplissement de celle-ci, à considérer comme pure et simple, la personne à laquelle doit profiter la résolution est cependant autorisée à prendre toutes les mesures conservatoires du droit qu'elle avait aliéné, et qui devra lui faire retour en cas d'accomplissement de la condition. Arg. art. 1180.

β. La condition résolutoire venant à défaillir, l'obligation est à considérer comme n'ayant été soumise dès le principe à aucune éventualité de résolution.

On doit assimiler à l'hypothèse où la condition résolutoire a réellement défailli, celle où, n'étant arrivée qu'après la perte de la chose formant l'objet de l'obligation, elle n'a pu s'accomplir utilement. Ainsi, lorsque la chose vendue sous une condition résolutoire, périt en totalité, par cas fortuit, avant l'événement de la condition, la perte en est pour le compte de l'acheteur, qui, se trouvant dans l'impossibilité de restituer cette chose, ne pourra pas davantage demander la restitution du prix[70].

67 Art. 1666, et arg. de cet article. Voy. sur la faculté de purger : § 293 *bis*, texte n° 3, et note 21.

68 Art. 1665, et arg. de cet article. Cpr. § 218, texte, lett. A, n° 1, et note 13.

69 Voy. texte et note 50 *supra*.

70 Arg. art. 1182, al. 2. L'art. 1183 ne reproduit pas, il est vrai, d'une

7. Lorsque la condition résolutoire vient à s'accomplir, elle opère la résolution de l'obligation, ainsi que celle du droit qui y est corrélatif; et ce, d'une manière rétroactive, en tant que cela est nécessaire pour remettre les parties au même et semblable état où elles se trouvaient lors de la formation de l'obligation. Art. 1183.

Il en résulte, d'une part, que la partie dont le droit se trouve résolu par l'arrivée d'une condition résolutoire, est obligée de restituer la chose qui lui avait été livrée sous cette condition, avec les accroissements qu'elle a reçus *pendente conditione*, mais aussi sans être tenue à aucune indemnité à raison des détériorations survenues sans sa faute[71].

Il en résulte, d'autre part, que tous les droits réels concédés sur un immeuble par une personne qui n'en était devenue propriétaire que sous une condition résolutoire, s'évanouissent après l'accomplissement de la condition, à moins d'une exception fondée sur une disposition spéciale de la loi[72]. Par la même raison, on doit décider que si, en l'absence de créanciers hypothécaires du vendeur ou de précédents propriétaires, l'immeuble vendu sous une condition résolutoire avait été exproprié à la requête d'un créancier personnel de l'acquéreur, le jugement d'adjudication prononcé contre ce dernier resterait sans effet au regard du vendeur[73].

Il en résulte enfin que les jugements qui auraient reconnu au profit de tiers des droits réels sur un immeuble vendu sous condition résolutoire, ne seraient pas, après l'accomplissement de la

manière formelle, pour le cas où la chose vendue sous condition résolutoire a péri par cas fortuit avant l'accomplissement de la condition, la disposition du second alinéa de l'art. 1182 ; mais il y applique virtuellement l'idée sur laquelle repose cette disposition, en déclarant que l'effet de la condition résolutoire est de remettre les parties au même et semblable état où elles étaient avant la formation de l'obligation, puisque ce résultat est désormais impossible, lorsque la chose, livrée sous une pareille condition, a péri et ne peut plus être restituée. Toullier, VI, 548. Massé, *Droit commercial*, IV, 372. Marcadé, sur l'art. 1183, n° 1. Colmet de Santerre, V, 102 *bis*, IV. Demolombe, XXV, 455 à 461. Voy. en sens contraire : Duranton, XI, 91 ; Larombière, II, art. 1183, n° 63.

[71] Duranton, XI, 81. Larombière, II, art. 1183, n° 60. Voy. cep. Demolombe, XXV, 463. Cet auteur, partant de l'idée, erronée selon nous, que toute condition résolutoire renferme une condition suspensive contraire, étend à l'hypothèse indiquée au texte, la disposition du 3e alinéa de l'art. 1182, qui ne concerne que les conventions directement faites sous une condition suspensive.

[72] Cpr. § 220 *bis*.

[73] Cpr. texte n° 4, lett. *a*, notes 48 et 49 *supra*.

condition, opposables au vendeur, s'ils avaient été rendus contre l'acheteur seul, bien que les jugements obtenus par ce dernier puissent être invoqués par le vendeur [74].

L'effet rétroactif attaché à la condition résolutoire, reste sans influence sur les actes de jouissance et d'administration exercés ou passés par l'acheteur dont le titre se trouve résolu; ces actes, lorsqu'ils ont eu lieu, sans fraude, doivent être maintenus par le vendeur qui rentre dans sa propriété [75].

La rétroactivité de la condition résolutoire reste également sans effet sur le sort des fruits perçus *medio tempore;* l'acquéreur est autorisé à les conserver, comme les ayant recueillis en vertu de son titre d'acquisition, dont la résolution ne saurait faire disparaître le fait même de la perception, avec le caractère qu'elle avait au moment où elle s'est opérée [76]. Toutefois, l'acquéreur pourrait, à

[74] Cpr. § 769, texte n° 2, lett. *a*, et note 44.

[75] Demolombe, XXV, 464, 537 et 538. Req. rej., 11 avril 1821, Sir., 21, 1, 254. Paris, 19 mai 1835, Dalloz, 1835, 2, 97. Civ. rej., 18 juillet 1854, Sir., 55, 1, 36.

[76] L. 2. § 1, D. *de in diem addict.* (18, 2). Le principe que pose cette loi a été consacré par diverses dispositions du Code, qui fournissent les unes, un argument d'analogie, les autres, un argument *a fortiori*, pour les hypothèses qui n'y ont pas été spécialement prévues. Voy. art. 856, 928, 958, al. 2, et 960. Cpr. aussi : § 206, texte et note 4. La solution donnée au texte n'est nullement en opposition avec celle que nous avons adoptée pour les fruits perçus par le vendeur sous condition suspensive. Voy. texte n° 4, lettre *a*, et note 62 *supra*. Ce dernier, en effet, ne peut invoquer la convention intervenue entre lui et l'acquéreur, comme constituant, à l'encontre de celui-ci, un titre qui l'autorise à percevoir les fruits de la chose vendue. Bien loin de là, s'étant par cette convention dépouillé de tous ses droits de propriété, pour le cas d'accomplissement de la condition, c'est de fait sans aucun titre qu'il aura perçu les fruits, si la condition se réalise. Au contraire, l'acquéreur sous condition résolutoire a perçu les fruits en vertu d'un titre opposable au vendeur; et la résolution de ce titre, tout en remettant les parties au même et semblable état où elles se trouvaient avant la formation du contrat, laisse subsister les faits régulièrement accomplis dans le temps intermédiaire, lorsqu'ils sont compatibles avec la rétroactivité restreinte que l'art. 1183 attache à l'accomplissement de la condition résolutoire. Demolombe, XXV, 464 et 539 à 541. Cpr. Colmet de Santerre, V, 102 *bis*, II. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 563 ; Duranton, XI, 594, XVI, 366 ; Troplong, *De la vente*, II, 562 ; Duvergier, *De la vente*, II, 432 à 434 ; Larombière, II, art. 1183, n° 45 ; Zachariæ, § 302, texte et note 27, et § 356, note 13. Voy. aussi : Civ. cass., 23 juillet 1834, Sir., 34, 1, 620 ; Civ. rej., 18 juillet 1854, Sir., 55, 1, 36.

raison de la perception des fruits, être condamné, dans certains cas, à des dommages-intérêts. C'est ce qui aurait lieu notamment, si une vente venait à être résolue pour défaut de paiement du prix et des intérêts en dus [77].

En général, et sauf ce qui va être dit sur le pacte commissoire, la condition résolutoire opère de plein droit, dès l'instant où elle se trouve accomplie, sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer la résolution en justice. Il importe peu, à cet égard, que la condition soit casuelle, mixte ou potestative [78].

Le pacte commissoire est la clause par laquelle les parties conviennent que le contrat sera résolu, si l'une ou l'autre d'entre elles ne satisfait point aux obligations qu'il lui impose. Cette clause est toujours sous-entendue dans les contrats parfaitement synallagmatiques [79]. Art. 1184, al. 1.

[77] Cpr. Civ. cass., 23 juillet 1834, Sir., 34, 1, 620. Req. rej., 31 juillet 1837, Sir., 37, 1, 649.

[78] Ce principe n'a jamais été contesté pour les conditions purement casuelles. Il ne peut pas non plus souffrir de difficulté, en ce qui concerne les conditions plus ou moins dépendantes de la volonté du débiteur, alors du moins qu'il s'agit d'une condition affirmative. Enfin, on ne voit pas pourquoi il ne s'appliquerait pas également à la condition négative d'un fait dépendant de la volonté du débiteur. Pour les conditions résolutoires négatives, autres que celles qui porteraient sur l'inexécution des obligations imposées à l'une des parties, il ne peut, comme pour les affirmatives, y avoir de contestation que sur le point de savoir, si l'événement formant condition est ou non arrivé ; et, dès qu'il est constant que l'événement indiqué comme condition résolutoire pour le cas de sa non-réalisation, ne s'est effectivement pas réalisé, la résolution est acquise, sans que le juge puisse accorder un délai pour l'accomplissement ultérieur du fait à la non-existence duquel elle avait été subordonnée. Toullier, VI, 554. Marcadé, sur l'art. 1184, n° 2. Larombière, II, art. 1183, n° 36 et 37. Colmet de Santerre, V, 104 *bis*, I. Demolombe, XXV, 472 à 474. Zachariæ, § 302, texte et note 29. Cpr. Req. rej., 25 fructidor an XIII, Sir., 6, 1, 80.

[79] Suivant MM. Valette (sur Proudhon, I, p. 65), Duvergier (sur Toullier, VI, 579), et Demolombe (XXV, 492 à 494), le pacte commissoire devrait être sous-entendu, non-seulement dans les contrats parfaitement synallagmatiques, mais dans tous les contrats à titre onéreux. Nous ne pensons pas que cette doctrine puisse être admise en présence du texte si formel de l'art. 1184. Nous comprenons bien que, dans les contrats imparfaitement synallagmatiques et unilatéraux, l'inexécution des obligations incombant à l'une des parties, ou sa contravention à ces obligations donne lieu contre elle à une déchéance, ou ait pour effet de relever l'autre partie des concessions ou renonciations qu'elle avait consenties ; c'est ce qui a lieu dans les cas prévus par les art. 618, 1912 et 2082.

La condition résolutoire dont il s'agit s'applique même au cas d'inexécution simplement partielle, alors du moins qu'il s'agit d'un engagement positif de donner ou de faire; et il n'appartiendrait pas, en pareil cas, au juge, de substituer à la résolution demandée par l'une des parties, une indemnité à payer par l'autre [80].

Que si la résolution était demandée à raison de la contravention à une obligation de ne pas faire, le juge aurait à apprécier la gravité de l'infraction, et pourrait, selon les circonstances, ou prononcer la résolution du contrat, ou se borner à accorder une indemnité pécuniaire en réparation du dommage causé [81].

L'application du pacte commissoire est d'ailleurs indépendante des circonstances qui peuvent avoir empêché l'une des parties d'accomplir ses obligations [82].

A la différence des autres conditions résolutoires, qui opèrent de plein droit, le pacte commissoire ne produit, en général, son effet, qu'en vertu du jugement qui déclare la convention résolue. Le juge, saisi de la demande en résolution, n'est pas obligé de la prononcer immédiatement; il peut accorder au défendeur un délai pour l'exécution de ses engagements [83]. Art. 1184, al. 2 et 3.

Mais on ne peut pas dire qu'il y ait alors une véritable résolution du contrat, dans le sens des art. 1183 et 1184; aussi une mise en demeure n'est-elle pas nécessaire. Cpr. § 398, texte et note 7.

[80] Civ. cass. 12 avril 1843, Sir., 43, 1, 281. Cpr. § 356, texte n° 2. Voy. cep. Demolombe, XXV, 498 et 499.

[81] Req. rej., 26 mai 1868, Sir., 68, 1, 336. Cpr. § 369, texte n° 2.

[82] Larombière, II, art. 1184, n° 6. Pau, 30 mars 1833, Sir., 33, 2551. Req. rej., 8 janvier 1850, Sir., 50, 1, 394.

[83] La question de savoir si le pacte commissoire produit ou non son effet de plein droit, était résolue affirmativement par le Droit romain, et négativement par l'ancienne jurisprudence française. Elle ne paraît explicitement décidée par l'art. 1184, que relativement au pacte commissoire tacite ou sous-entendu; et plusieurs auteurs (cpr. Delvincourt, II, texte, p. 133, et notes, p. 487; Toullier, VI, 554; Duranton, XI, 88; Troplong, *De la vente*, I, 61, et II, 666; Zachariæ, § 302, texte et note 32) induisent *a contrario*, des termes *dans ce cas*, insérés au second alinéa de cet article, que la disposition en est inapplicable au pacte commissoire exprès. Cet argument ne nous paraît pas concluant. En effet, en rapprochant les deux premiers alinéas de l'art. 1184, qui reproduisent également les termes ci-dessus rappelés, il paraît certain que leur insertion dans le second alinéa n'a point eu pour but de limiter la disposition qu'il renferme au pacte commissoire tacite, mais de faire ressortir la différence qui existe entre la condition résolutoire en général, dont l'effet a lieu de plein droit (arg. art. 1183),

La règle que le pacte commissoire n'opère pas de plein droit, reçoit exception dans le cas prévu par l'art. 1657.

D'un autre côté, elle reste sans application, lorsqu'il a été convenu que la résolution aurait lieu de plein droit ou sans jugement[84]. Dans cette hypothèse, la résolution, quoique s'opérant sans l'intervention du juge, qui ne peut en arrêter l'effet par la concession d'un délai, est cependant subordonnée à la mise en demeure du débiteur[85]. Mais elle est encourue dès qu'il a été constitué

et le pacte commissoire en particulier, qui n'entraîne qu'après jugement, la résolution du contrat dans lequel il se trouve stipulé ou sous-entendu. C'est en ce sens que l'art. 1184 a été interprété par Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé de motifs au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XII, p. 342, n° 70). D'ailleurs, abstraction faite de l'art. 1184, ne serait-il pas contraire à la maxime *Nemo jus ignorare censetur*, et à l'art. 1135, d'accorder plus de force à la convention qui repose sur la volonté expresse des parties, qu'à la convention fondée sur leur volonté légalement présumée? Et pourquoi une condition que la loi attache à la nature d'un contrat, indépendamment de toute stipulation, serait-elle exécutée avec plus de rigueur, quand les parties ont pris le soin inutile de la rappeler d'une manière formelle? Voy. en ce sens : Malleville, sur l'art. 1184 ; Marcadé, sur l'art. 1184, n° 3 ; Larombière, II, art. 1184, n° 53 ; Colmet de Santerre, V, 105 *bis*, I ; Demolombe, XXV, 548 et 549.

84 Lorsque les parties ne se sont pas bornées à stipuler un pacte commissoire pur et simple, et qu'elles ont ajouté que ce pacte produirait son effet de plein droit, il n'est pas douteux que cette convention, qui n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, ne doive être considérée comme parfaitement efficace. Art. 1134. Troplong, *De la vente*, II, 667 ; et *Du louage*, II, 321. Duvergier, *De la vente*, I, 437 ; et *Du louage*, I, 471. Larombière, II, art. 1184, n° 55. Colmet de Santerre, V, 105 *bis*, II. Demolombe, XXV, 550 à 552. Bruxelles, 1er août 1810, Sir., 11, 2, 119. Req. rej., 19 août 1824, Sir., 25, 1,49. Paris, 19 février 1830, Sir., 30, 2, 301. Caen, 16 décembre 1843, Sir., 44, 2, 97. Voy. en sens contraire : Nîmes, 22 août 1809, Sir., 10, 2, 553 ; Bruxelles, 7 août 1811, Sir., 12, 2, 22 ; Colmar, 6 décembre 1814, Sir., 15, 2, 137.

85 Tant que le débiteur n'est point en demeure, il peut, en exécutant ses engagements, empêcher l'accomplissement de la condition résolutoire résultant du pacte commissoire. Il suit de l'abrogation de la maxime *Dies interpellat pro homine* (art. 1139), que, dans le cas même où il a été stipulé que le pacte commissoire produirait son effet de plein droit, faute par le débiteur d'exécuter ses engagements dans un délai déterminé, la résolution s'opère bien de plein droit, mais qu'elle n'a point lieu par la seule échéance du terme, et ne résulte que de la mise en demeure du débiteur, opérée conformément aux principes généraux. En rappelant cette règle à propos du pacte commissoire stipulé en matière de vente immobilière, l'art. 1656 n'a fait qu'énoncer une conséquence nécessaire de

en demeure d'une manière quelconque, et notamment par la seule échéance du terme, s'il a été stipulé que la résolution aurait lieu de plein droit et sans sommation [86], auquel cas le débiteur ne pourrait même pas se soustraire aux conséquences de cette résolution par des offres réelles ultérieures [87].

Il est toutefois à remarquer que, dans les cas exceptionnels où le pacte commissoire opère de plein droit, la partie qui n'a pas exécuté ses engagements, ne se trouve pas par cela seul affranchie de la nécessité de les remplir, de sorte que l'autre partie reste, même dans ces cas, libre de ne pas user du bénéfice de la résolution et de poursuivre l'exécution du contrat [88].

La résolution d'une convention par l'effet du pacte commissoire s'opère avec effet rétroactif, même à l'égard des tiers, comme celle qui résulte de toute autre condition résolutoire. Il en est ainsi, non-seulement lorsque la résolution a été prononcée en justice, mais même dans le cas où elle a été consentie par le débiteur, qui, se trouvant dans l'impossibilité de remplir ses engagements, n'y a donné les mains que pour éviter une résolution judiciaire [89].

Les règles qui viennent d'être exposées sur l'effet de la condition résolutoire, ne s'appliquent complétement qu'aux conventions

l'art. 1139, et n'a point, ainsi qu'on a voulu le prétendre, consacré une exception ou une modification aux principes qui régissent la résolution de plein droit. Marcadé, *loc. cit.* Colmet de Santerre, *loc. cit.* Demolombe, XXV, 554. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 555 ; Duranton, XVI, 375 et 377 ; Larombière, II, art. 1184, n°s 55 à 57; Troplong, *De la vente*, II, 666-667.

[86] Marcadé, sur l'art. 1184, n° 2. Colmet de Santerre, V, 105 *bis*, III, Demolombe, XXV, 558. Req. rej., 27 avril 1840, Sir., 40. 1, 728.

[87] Troplong, *De la vente*, II, 669. Duvergier, *De la vente*, I, 437 et 463. Larombière, II, art. 1184, n° 57. Demolombe, XXV, 556. Req. rej., 10 août 1824, Sir., 25, 1, 49. Riom, 7 juillet 1841, Sir., 41, 2, 563. Dijon, 22 janvier 1847, Sir., 48, 2, 206. Cpr. Colmet de Santerre, V, 105 *bis*, II. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 157 ; Duranton, XVI, 377.

[88] Art. 1184, al. 2, et arg. de cet article. Marcadé, sur l'art. 1184, n° 2. Colmet de Santerre, V, 105 *bis*, II. Demolombe, XXV, 553.

[89] Cpr. § 209, texte, lett. A, n° 1 et note 32, texte, lett. B, n° 4, et note 59 ; § 220 *bis*, texte et note 9 ; § 256, texte n° 1, notes 22 et 23. Troplong, *Des hypothèques*, II, 406 ; *De la vente*, II, 651. Coulon, *Quest. de Droit*, III, p. 436, dial. 128. Larombière, II, art. 1184, n° 72. Demolombe, XXV, 518. Req. rej., 30 août 1827, Sir., 28, 1, 200. Req. rej., 12 mars 1829, Sir., 29, 1, 243. Req. rej., 10 mars 1836, Sir., 36, 1, 169. Bourges, 12 février 1853, Sir., 53, 2, 441. Riom, 11 décembre 1865, Sir., 66, 2, 362.

qui, telles que la vente, imposent aux parties des obligations dont la nature est de s'accomplir une fois pour toutes. Lorsqu'il s'agit de contrats, dont l'exécution, comme cela a lieu dans le bail, est successive, en ce que les obligations qu'ils engendrent se renouvellent sans cesse pendant toute la durée de la convention, la condition résolutoire opère bien moins une résolution proprement dite, que la cessation ou la dissolution du contrat, qui continue de régir les faits antérieurement accomplis [90].

§ 303.

IX. *Des obligations ajournées et des obligations échues.*

Une obligation est ajournée ou à terme, lorsque l'exécution en a été reculée à une certaine époque, qui n'est point encore arrivée.

Une obligation est échue, lorsque l'époque à laquelle elle doit être exécutée, est arrivée; peu importe qu'un terme ait ou non été accordé dans l'origine.

Le terme est certain, quand l'époque à laquelle il écherra est connue d'avance.

Il est incertain, dans le cas où il se trouve attaché à un événement qui, quoique devant nécessairement arriver, peut se réaliser à une époque plus ou moins éloignée.

Si l'incertitude portait sur l'événement lui-même, l'obligation ne serait plus simplement ajournée, mais conditionnelle, quelle que fût la locution dont les parties se seraient servies pour exprimer la modalité de la convention. Ainsi, la promesse faite par une personne de payer une certaine somme à l'époque où elle se mariera, est une promesse conditionnelle, tandis que l'engagement pris pour le cas où un tiers viendrait à décéder, ne constitue qu'un engagement simplement ajourné.

On doit considérer comme établissant, non une condition purement potestative, mais un simple terme incertain, la clause portant que le débiteur paiera *quand il le voudra*, ou *quand il le pourra* [1]. Au premier cas, l'obligation ne devient exigible qu'au décès du dé-

[90] Larombière, II, art. 1183, n° 72. Demolombe, XXV, 469.

[1] Maleville, sur l'art. 1174. Colmet de Santerre, V, 94 *bis*. Zachariæ, § 302, note 9.

biteur[2]. Au second cas, il appartient au juge de fixer, suivant les circonstances, l'époque du paiement[3].

On doit également considérer comme constituant un terme incertain, et non une condition purement potestative, la clause qui recule l'exigibilité de la dette à l'accomplissement d'un fait dépendant de la volonté du débiteur. En pareil cas, le créancier est autorisé à sommer le débiteur d'accomplir le fait auquel l'exigibilité se trouve subordonnée, et à faire fixer par le juge le délai dans lequel il devra l'accomplir[4].

Quant à la convention portant que le créancier ne pourra exiger le paiement qu'après un avis préalable de 3 ou de 6 mois à donner au débiteur, elle n'imprime pas à l'obligation le caractère d'une obligation à terme, à laquelle puisse s'appliquer la disposition de l'art. 2257[5].

Du reste, en matière de conventions, le terme incertain produit les mêmes effets que le terme certain[6].

Le terme est de droit ou de grâce. Il est de droit, lorsqu'il est, soit établi par l'acte duquel l'obligation découle ou par un acte postérieur, soit concédé par la loi. Il est de grâce, lorsqu'il est accordé par le juge[7].

Le terme de droit est exprès ou tacite, suivant qu'il est formellement stipulé, ou qu'il résulte de la nature même de l'obligation[8].

[2] Toullier, VI, 498. Larombière, II, art. 1186, n° 5. Colmet de Santerre, V, 97 *bis*, II. Demolombe, XXV, 319. Cpr. Civ. cass., 21 août 1850, Sir., 50, 1, 723; Paris, 11 mai 1857, Sir., 58, 2, 425. Voy. cep. Req. rej., 31 décembre 1834, Sir., 35, 1, 525.

[3] Art. 1900, et arg. de cet article. Larombière, *loc. cit.*, et art. 1174, n° 5. Demolombe, XXV, 577. Bordeaux, 22 juin 1833, Sir., 33, 2, 547. Bordeaux, 7 avril 1838, Sir., 40, 2, 62. Besançon, 2 août 1864, Sir., 65, 2, 45.

[4] Civ. cass., 9 novembre 1846, Sir., 46, 1, 853. Bordeaux, 26 avril 1854, Sir., 55, 2, 109.

[5] Cpr. § 213, texte n° 1, et note 8.

[6] Demolombe, XXV, 572. — Il en est autrement en matière de legs. Cpr. §§ 712 et 717.

[7] Cpr. sur les cas dans lesquels le juge a la faculté d'accorder des délais de grâce, et sur la manière dont il peut exercer cette faculté : Code Nap., art. 1184, 1244, 1655, 1656 et 1900; Code de procédure, art. 122 à 124; Code de commerce, art. 157 et 187; § 319.—Cpr. encore, sur les règles spéciales qui régissent les délais de grâce : Code Nap., art. 1292; Code de procédure, art. 124.

[8] Cpr. art. 1875 cbn 1888 et 1901; § 319, texte n° 2; § 5, *Inst. de V. O.* (3, 15); L. 75, *D. de V. O.* (45, 1); Toullier, VI, 652; Duranton, XI, 100. Demolombe, XXV.

Le terme diffère essentiellement de la condition suspensive. Il ne suspend pas l'existence de l'obligation, dont il retarde seulement l'exécution[9]. Art. 1185. Aussi, le débiteur ne peut-il pas répéter ce qu'il a payé avant l'échéance; et ce, au cas même où il aurait effectué le paiement dans l'ignorance du terme[10]. Art. 1186.

Le débiteur ne peut, à moins qu'il n'ait encouru la déchéance du bénéfice du terme, être poursuivi avant son expiration; ce qui revient à dire, qu'il ne peut l'être que le lendemain au plus tôt du jour de l'échéance [11]. Art. 1186.

Le débiteur est de plein droit déchu du bénéfice du terme, lorsqu'il a été constitué en état de faillite. D'un autre côté, tout débiteur peut et doit être déclaré déchu du bénéfice du terme, lorsqu'il est tombé en déconfiture[12], comme aussi lorsqu'il a diminué par son

[9] L'axiome *qui a terme ne doit rien*, tiré de la loi 41, § 1, *D. de V. O.* (45,1), ne veut pas dire que l'obligation n'existe que par l'échéance du terme ; il signifie seulement que le débiteur ne peut être poursuivi avant cette échéance. Art. 1186. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 343, n° 72). Toullier, VI, 662. Demolombe, XXV, 608 à 610.

[10] Toullier, XI, 59. Larombière, II, art. 1186, n° 34. Colmet de Santerre, V, 108 *bis*, II. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1186, n° 1, et sur l'art. 1377, n° 3 ; Demolombe, XXV, 634. Dans l'opinion de ces auteurs, la disposition de l'art. 1186 serait complétement illusoire, puisque la répétition de l'indû n'est admise que pour les paiements faits par erreur. — Le débiteur qui a payé par erreur, avant l'échéance du terme, une somme non productive d'intérêts, ne peut-il pas du moins réclamer l'escompte de cette somme, pendant le temps qui s'écoulera depuis sa réclamation jusqu'à l'époque fixée pour le paiement de la dette ? La solution négative nous paraît préférable, puisque, en autorisant la demande en bonification de l'escompte, on admettrait en réalité une répétition partielle de ce qui a été payé. Delvincourt, II, p. 490. Larombière, II, art. 1186, n° 35. Colmet de Santerre, V, 108 *bis*, II. Voy. en sens contraire : Duranton, XI, 113.

[11] Le jour de l'échéance doit être accordé tout entier au débiteur. Ce n'est qu'après l'expiration de ce jour, qu'il devient certain qu'il ne paiera pas au terme convenu, § 2, *Inst. de V. O.* (3, 15). Code de commerce, art. 161 et 162. Toullier, VI, 681. Duranton, XI, 111. Colmet de Santerre, V, 108 *bis*, I. Larombière, II, art. 1186, n°s 17 et 32. Demolombe, XXV, 642. Zachariæ, § 303, texte et note 6.

[12] La déconfiture entraîne, comme la faillite, la déchéance du terme accordé au débiteur. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet.* Arg. art. 1613, 1913 et 2032, n° 2. *Discussion au Conseil d'État* sur l'art. 1188. (Locré, *Lég.*, XII, p. 161, n° 11). Delvincourt, II, p. 490. Toullier, VI, 670. Duranton, XI, 607. Larombière, II, art. 1188, n° 3. Colmet de Santerre, V, III *bis*, I. Demolombe, XXV, 664. Zachariæ, § 303, texte et note 8. Toulouse, 20 novembre

fait[13] les sûretés données par le contrat au créancier[14], ou qu'il n'a pas fourni celles qu'il lui avait promises[15]. Art. 1188[16].

Ces différentes causes de déchéance autorisent le créancier à poursuivre le débiteur par toutes les voies de droit dont son titre lui permet l'emploi. Il en résulte, que les créanciers hypothécaires peuvent, au cas de faillite, tant qu'il n'est point intervenu de contrat d'union, poursuivre l'expropriation des immeubles de leur débiteur[17].

1835, Sir., 36, 2, 151. Req. rej., 10 mars 1845, Sir., 45, 1, 601. Orléans, 30 avril 1846, Sir., 46, 2, 615. Nîmes, 18 mars 1862, Sir., 63, 2, 5.

[13] L'art. 1188 est inapplicable au cas où les sûretés ont été diminuées, indépendamment du fait du créancier, par cas fortuit ou force mineure. Toullier, VI, 669. Mais si, dans cette hypothèse, le débiteur ne peut être privé, d'une manière absolue, du bénéfice du terme, il paraît cependant résulter des art. 2020 et 2131, que le créancier a le droit de demander un supplément de sûretés, et de conclure au remboursement dans le cas où le débiteur ne pourrait ou ne voudrait le lui fournir. Cpr. sur la conciliation des art. 1188 et 2131 : § 286, texte n° 4.

[14] L'art. 1188 ne s'applique donc pas au cas où, tout en diminuant son patrimoine, qui forme le gage commun de ses créanciers (art. 2092), le débiteur ne porte pas atteinte aux sûretés spéciales données à l'un d'entre eux. Colmet de Santerre, V, 111 *bis*, II. Demolombe, XXV. Aix, 16 août 1811, Sir., 13, 2, 126. — Cpr. sur les différentes manières dont le débiteur peut diminuer les sûretés hypothécaires, § 286, texte n° 2.

[15] *Eadem est ratio.* Arg. art. 1912, n° 2, et 1977. Duranton, XI, 123. Larombière, II, art. 1188, n° 18. Demolombe, XXV, 677 et 678. Zachariæ, § 303, texte et note 10. Pau, 3 juillet 1807, Sir., 14, 2, 256. Cpr. Montpellier, 13 novembre 1834; Dal., 1834, 2, 132.

[16] L'art. 124 du Code de procédure indique encore d'autres circonstances, à raison desquelles le débiteur se trouve déchu du délai de grâce ; mais on ne peut étendre les dispositions de cet article au délai de droit, qui se présente sous un aspect bien plus favorable. *Non est eadem ratio.* Colmet de Santerre, V, 112 *bis*. Demolombe, XXV, 667 et 670. Voy. en sens contraire : Larombière, II, art. 1188, n° 5.

[17] Cpr. Code de comm., art. 571 et 572. *Discussion au Conseil d'État* sur l'art. 1188 (Locré, *Lég.*, VII, p. 161 à 163, n° 11). Marcadé, sur l'art. 1188, n° 2. Bordeaux, 22 août 1827, Sir., 28, 2, 177. Angers, 15 mai 1861, Sir., 61, 2, 442. Agen, 20 février 1866, Sir., 66, 2, 154. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1127 ; Renouard, *Des faillites*, II, p. 321 ; Bédarride, *Des faillites*, n° 1083 ; Alauzet, *Comm. du Code de com.*, IV, 1676 : Bravard et Demangeat, *Droit commercial*, V, p. 154 et suiv. ; Demolombe, XXV, 699 ; Bruxelles, 5 décembre 1811, Sir., 12, 2, 254. Dans cette dernière opinion, on ne tient pas suffisamment compte de la disposition générale et absolue de l'art. 1188.

Lorsque le débiteur principal se trouve privé du bénéfice du terme par l'une des causes ci-dessus indiquées, la caution peut elle-même être immédiatement poursuivie [18], à moins qu'elle n'ait stipulé un terme spécial pour l'exécution de son obligation [19]. Mais, quand il s'agit d'une obligation solidaire, la déchéance que l'un des codébiteurs aurait encourue, soit par suite de faillite ou de déconfiture, soit pour avoir diminué les sûretés fournies par le contrat, ne donne pas au créancier le droit de poursuivre les autres codébiteurs avant l'échéance du terme [20].

Le terme est, en général, présumé stipulé dans l'intérêt unique du débiteur, qui peut, en y renonçant, forcer le créancier à recevoir le paiement avant son échéance. Art. 1187. Cette présomption cesse, lorsqu'il résulte, soit des termes ou de la nature de la convention, soit des circonstances dans lesquelles elle a été formée et dont le juge est souverain appréciateur, que le terme a été convenu dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier [21], ou même dans l'intérêt unique de ce dernier. Dans ces deux cas, le créancier ne peut être tenu de recevoir le paiement avant terme; et au second, il est de plus autorisé, en renonçant au bénéfice du terme, à exiger immédiatement son paiement. Cpr. art. 1944.

Le créancier peut, avant l'échéance du terme, prendre toutes les mesures conservatoires de son droit [22]. Mais il ne serait pas autorisé à provoquer, avant cette échéance, un jugement de con-

[18] Larombière, II, art. 1188, n° 22. Voy. en sens contraire ; Alauzet, *Commentaire du Code de com.*, art. 444, n° 1676 ; Esnaut, *Des faillites*, I, 170 ; Bravard et Demangeat, *Traité de Droit commercial*, V, p. 163, note 1re ; Demolombe, XXV, 705. Cpr. aussi : Duranton, XI, 120. L'opinion de ces derniers auteurs nous paraît aussi contraire à la nature du cautionnement qu'à l'intention vraisemblable des parties contractantes.

[19] Larombière, *loc. cit.* Demolombe, XXV, 704. Nîmes, 18 mars 1862, Sir., 63, 2, 5.

[20] Pothier, n° 236. Duranton, XI, 119. Rodière, *De la solidarité*, p. 223. Larombière, II, art. 1188, n° 23. Demolombe, XXV, 703. Bordeaux, 10 mars 1854, Sir., 54, 2, 515. Voy. cep. Code de comm., art. 444.

[21] C'est ainsi que, dans le prêt à intérêt, on peut facilement admettre que le terme a été stipulé aussi bien en faveur du créancier, qu'au profit du débiteur. Cpr. Toullier, VI, 677 ; Duranton, XI, 109 : Larombière, II, art. 1187, n° 5 ; Colmet de Santerre, V, 110 *bis* ; Zachariæ, § 303, texte et note 11. Voy. cep. Demolombe, XXV, 629.

[22] Arg. *a fortiori*, art. 1180 cbn. 1185. Code de procédure, art. 125. Cpr. L. du 3 sept. 1807 ; et § 311. Demolombe, XXV, 612.

damnation, même en offrant de ne l'exécuter qu'à l'expiration du terme[23].

§ 304.

X. *Des obligations principales et des obligations accessoires.*

De deux obligations, l'une doit être considérée comme principale, et l'autre comme accessoire, quand la première est le fondement sur lequel repose la seconde[1].

Cette corrélation existe entre deux obligations :

1° Lorsque l'une des obligations est la conséquence légale de l'autre. C'est ainsi que les dommages-intérêts constituent une obligation accessoire de l'obligation principale à raison de laquelle ils sont dus[2].

2° Lorsque l'une des obligations est contractée en considération de l'autre, et se rattache à celle-ci comme le moyen à la fin. Tels sont la clause pénale, le cautionnement, le nantissement[3].

Le sort des obligations accessoires de la seconde espèce est, en général, subordonné à celui de l'obligation principale à laquelle elles se rattachent. Ainsi, elles s'éteignent avec elle ; et la nullité qui la frappe les atteint également[4].

Ce principe n'est point applicable aux obligations accessoires de la première espèce, dont l'extinction ou la nullité ne peuvent, en général, être considérées comme des conséquences de l'extinction ou de la nullité de l'obligation principale[5].

[23] Colmet de Santerre, V, 109 *bis*. Demolombe, XXV, 617 et 618. Voy. en sens contraire : Larombière, II, art. 1186, n° 24. Cet auteur n'a été amené à cette solution que par la supposition, évidemment erronée, que tout jugement de reconnaissance de signature, obtenu avant l'échéance du terme, renferme une condamnation virtuelle, et emporte *ipso facto* exécution parée à partir de l'échéance du terme. Cpr. Toullier, VI, 664.

[1] Cette distinction est importante pour la fixation de la compétence et des degrés de juridiction.

[2] Toullier, VI, 463. Zachariæ, § 304, n° 2.

[3] Cpr. art. 1226, 2011, 2071. Toullier, VI, 466. Zachariæ, § 304.

[4] Art. 1227, al. 1, 1281, al. 1, 1287, al. 1, 1294, al. 1, 1301, al. 1, 2012, al. 1, 2180, n° 1. Cette règle n'est pas sans exception : voyez art. 2012, al. 2 ; § 309, notes 2 et 3.

[5] Zachariæ, § 304, texte *in fine*. Ainsi, quoique, dans le cas prévu par l'art. 1599, l'obligation soit nulle, la loi n'en reconnaît pas moins la validité de l'obli-

CHAPITRE II.

Du fondement et des conditions des obligations.

§ 305.

Du fondement juridique des obligations.

Les obligations ont pour fondement immédiat la loi, ou un fait de l'homme. Art. 1370.

Les obligations de la seconde espèce reposent sur un fait licite, ou sur un fait illicite.

Dans le premier cas, elles résultent d'un contrat (art. 1101) ou d'un quasi-contrat (art. 1371); dans le second, d'un délit ou d'un quasi-délit[1] (art. 1382 et suiv.).

Les quasi-contrats sont ainsi nommés, parce qu'ils produisent des effets juridiques, analogues à ceux qu'engendrent les contrats. Cette observation s'applique également aux quasi-délits.

§ 306.

Des conditions relatives à l'existence, à la validité, et à la preuve des obligations.

Les conditions essentielles à l'existence d'une obligation sont celles sans le concours desquelles une obligation ne peut exister.

Les conditions nécessaires à la validité d'une obligation sont celles à défaut desquelles une obligation existante peut être attaquée par voie de nullité.

Quoique les conditions essentielles à l'existence et nécessaires à la validité d'une obligation varient suivant le fondement sur lequel cette obligation repose, on doit cependant appliquer, en général, à toute espèce de manifestations de volonté[1], les règles

gation accessoire de dommages-intérêts, dont la cause se trouve même dans la nullité de l'obligation principale.

[1] Ces distinctions sont empruntées au Droit romain ; les rédacteurs du Code ne les ont cependant reproduites qu'avec certaines modifications. Ainsi, par exemple, le Droit romain comprend, parmi les obligations *quasi ex contractu*, certaines obligations que le Code Napoléon considère comme dérivant directement de la loi. Cpr. *Inst. de obligat. quasi ex contr.* (3, 27) ; Code Napoléon, art. 1371 à 1381. Zachariæ, § 305, note 1re.

[1] Par exemple, aux quittances, aux déclarations de dernière volonté, aux reconnaissances d'enfants naturels, aux adoptions. Pau, 5 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 8. Zachariæ, § 306, texte et note 1re.

posées par le Code Napoléon, dans la théorie des contrats, sur l'existence et la validité du consentement[2].

Il faut bien se garder de confondre les conditions requises pour la validité d'une obligation, avec celles qui sont uniquement relatives à la manière d'en administrer la preuve.

L'inobservation des conditions de la dernière espèce est sans influence sur l'obligation en elle-même. Si l'art. 1341 exige, en général, la rédaction d'un acte instrumentaire pour la constatation de tout acte juridique dont l'objet est d'une valeur supérieure à 150 fr., ce n'est pas dans le but de faire dépendre de l'accomplissement de cette formalité l'existence ou la validité d'un pareil acte, mais seulement à l'effet d'en prohiber la preuve testimoniale [3].

En règle générale, une manifestation de volonté n'est pas nulle par cela seul qu'elle n'a eu lieu que verbalement[4]; et, lorsqu'elle a été constatée par un acte instrumentaire, la validité en est indépendante de celle de cet acte[5].

Les doutes qui peuvent s'élever sur le but dans lequel les rédacteurs du Code ont exigé la constatation par écrit de telle ou telle convention spéciale, doivent être résolus dans le sens de la règle qui vient d'être posée[6].

[2] Cpr. art. 1109 et suiv.

[3] C'est ce qui résulte, bien évidemment, de la place qu'occupe l'art. 1341, et des exceptions apportées par les articles suivants au principe qu'il établit. *Exposé de motifs du titre de la vente*, par Portalis (Locré, *Lég.* XIV, p. 142 et suiv., n°s 4 et 5). Zachariæ, § 306. Civ. rej., 10 thermidor an XIII, Sir., 6, 1, 24.

[4] Cette règle ressort clairement de l'art. 1108, qui, en ne mettant point l'écriture au nombre des conditions nécessaires à la validité des conventions, a implicitement consacré la maxime *Solus consensus obligat*. Cette maxime ne reçoit exception que dans le cas où le Code a formellement soumis la validité d'un acte juridique à l'accomplissement de certaines formalités. Cpr. art. 931, 1250, nº 2, 1394 et 2127.

[5] Merlin, *Rép.*, vº Double écrit, nºs 7 et 8. Toullier, VIII, 133 et suiv. Zachariæ, § 206, texte et note 2.

[6] Ainsi, les art. 1582, al. 2, 1834, 2044 et 2085, ayant uniquement pour objet de prohiber, soit dans les limites indiquées par l'art. 1341, soit d'une manière absolue, la preuve testimoniale des conventions auxquelles ils s'appliquent, doivent être considérés comme uniquement prohibitifs de cette preuve, et non comme exigeant un acte instrumentaire pour la validité de ces conventions. Zachariæ, § 206, note 2, *in fine*. Cpr. § 351, texte nº 1 ; § 378, note 3 ; § 420, texte nº 2 ; § 437, note 3.

CHAPITRE III.

Des effets juridiques des obligations.

I. DU DROIT PRINCIPAL DU CRÉANCIER.

§ 307.

Toute obligation civile confère, par elle-même, au créancier, le droit de contraindre le débiteur à l'exécution de cette obligation.

Toutefois, ce dernier ne peut pas toujours être contraint à l'exécution directe (*in forma specifica*) de l'obligation qu'il a contractée. Les distinctions qu'il convient d'établir à cet égard entre les obligations de donner, de faire, ou de ne pas faire, ont été développées au § 299.

Le créancier d'une somme d'argent, ou d'une quantité de choses qui se déterminent au poids, au compte, ou à la mesure, peut poursuivre son paiement, sur tous les biens du débiteur, au moyen des différentes saisies organisées par le Code de procédure. Art. 2092. Mais, en général, il n'est autorisé à recourir à ces voies d'exécution, qu'en vertu d'un acte ou jugement en forme exécutoire[1].

Lorsque l'obligation a pour objet la restitution ou la délivrance d'une chose mobilière, déterminée dans son individualité, le créancier a le droit de poursuivre sa mise en possession par voie de saisie-revendication[2].

En dehors de ces hypothèses, le créancier ne peut recourir à l'exécution forcée qu'en vertu d'un jugement qui en détermine le mode.

II. DES DROITS ACCESSOIRES DU CRÉANCIER.

§ 308.

A. *Des dommages-intérêts* [1].

Toute obligation confère virtuellement au créancier le droit de poursuivre en dommages-intérêts le débiteur qui n'exécute pas

[1] Code de procédure, art. 551. Voy. cep. art. 553, 819 et 822 du même Code.

[2] Code de procédure, art. 826 à 831. Cpr. aussi : Code Nap., art. 2102, n° 4, al. 2.

[1] Cpr. sur cette matière : *Tractatus de eo quod interest*, par Dumoulin, dans ses œuvres, t. III, p. 422. *Traité des intérêts*, par Cotelle ; Paris, 1826, in-12. Voy. sur la liquidation des dommages-intérêts : Code de procédure, art. 128, 523

ses engagements, ou qui ne les exécute que d'une manière irrégulière ou incomplète. Art. 1147.

Ce droit ne peut cependant être exercé contre le débiteur, qu'autant qu'il se trouve en demeure, ou en faute. Art. 1146. Au premier cas, les dommages-intérêts ne peuvent porter que sur le préjudice causé par le retard depuis la mise en demeure [2].

Du reste, il ne faut pas confondre, avec une demande en dommages-intérêts, l'action par laquelle l'une des parties engagées dans un contrat synallagmatique demanderait la réduction de ses obligations, en raison de la circonstance que l'autre partie n'aurait pas complétement accompli les siennes ; une pareille réduction peut être demandée indépendamment de toute mise en demeure [3].

1° *De la mise en demeure du débiteur.*

Le seul retard apporté par le débiteur à l'accomplissement de son obligation ne le constitue pas en demeure, alors même qu'un terme fixe a été assigné pour l'exécution de l'obligation [4].

En règle, le débiteur n'est constitué en demeure, dans les obligations de faire comme dans celles de donner, que par l'interpellation du créancier [5]. Art. 1139 et 1146.

et suivants. — Les dispositions du Code Napoléon, sur cette matière, ne s'appliquent qu'aux dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution des obligations ; elles ne peuvent être étendues à l'indemnité due pour la réparation du préjudice causé par des délits ou par des quasi-délits. Cette indemnité, que l'on qualifie ordinairement de dommages-intérêts, ne forme pas une obligation accessoire, mais constitue l'obligation principale elle-même, telle qu'elle résulte du délit ou du quasi-délit. Cpr. § 445. Zachariæ, § 308, note 1re.

[2] Demolombe, XXIV, 516. Voy. en sens contraire : Larombière, I, art. 1146, n° 3. Ce dernier auteur suppose à tort que la mise en demeure ne constitue qu'une formalité préalable à l'introduction de la demande en dommages-intérêts, tandis qu'elle est requise pour faire naître le droit même à des dommages-intérêts.

[3] Demolombe, XXIV, 544. Douai, 24 mars 1847, Sir., 48, 2, 190. Cpr. Req. rej., 16 mars 1853, Sir., 53, 1, 361.

[4] Le Code Napoléon, conforme en cela à l'ancienne jurisprudence française, a rejeté, du moins en thèse générale, la maxime *Dies interpellat pro homine*, maxime qu'une opinion assez généralement répandue, mais peut-être erronée, considère comme ayant été admise en Droit romain.

[5] Quoique l'art. 1139 se trouve placé sous la rubrique *De l'obligation de donner*, il n'en est pas moins applicable aux obligations de faire ; cela résulte, tant

Par exception à cette règle, le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme auquel l'obligation doit être exécutée :

a. Lorsque la loi contient à cet égard une disposition spéciale, qui consacre, d'une manière exceptionnelle, la maxime *Dies interpellat pro homine*[6].

b. Lorsqu'il a été convenu que la mise en demeure résulterait, sans qu'il fût besoin d'acte, de la seule échéance du terme. Art. 1139. Cette convention, dont l'effet n'est pas subordonné à l'emploi des expressions indiquées dans l'art. 1139[7], peut même s'induire de l'ensemble des clauses de l'acte[8].

c. Lorsque l'obligation ne pouvait, d'après son objet, être utilement exécutée que dans un certain temps, que le débiteur a laissé passer[9]. Art. 1146.

Toutefois, ces différentes exceptions ne s'appliquent, d'une manière absolue, qu'aux obligations de faire, et aux obligations de donner dont l'exécution doit avoir lieu au domicile du créancier. Dans les obligations de donner qui doivent être exécutées, soit au domicile du débiteur, soit en un lieu déterminé, l'échéance du terme ne constitue le débiteur en demeure, qu'autant que le créancier a fait régulièrement constater qu'il s'est présenté, le jour de l'échéance, au lieu où le paiement devait être effectué[10].

L'interpellation nécessaire pour opérer la mise en demeure peut avoir lieu, soit par une sommation extrajudiciaire, soit par tout autre acte propre à constater que le débiteur est en retard d'exécuter ses engagements[11]. Art. 1139. Une déclaration écrite

de l'esprit et de la lettre de cet article, que de sa combinaison avec l'art. 1146. Toullier, VI, 246. Delvincourt, II, p. 529. Larombière, I, art. 1139, n° 2. Demolombe, XXIV, 433. Zachariæ, § 308, note 5.

[6] Les art. 1302, al. 4, 1378 cbn. 1379, et 1657, offrent des exemples de dispositions exceptionnelles de cette nature.

[7] Delvincourt, II, p. 529. Duranton, X, 441. Duvergier, sur Toullier, VI, 249, à la note. Larombière, I, art. 1139, n° 7. Demolombe, XXIV, 432. Zachariæ, § 388, note 5, *in fine*.

[8] Req. rej., 18 février 1856, Sir., 57, 1, 40.

[9] Cpr. Req. rej., 23 février 1858, Sir., 58, 1, 600.

[10] Toullier, VI, 249, 250, 261 et 262. Duranton, X, 442 et 466. Larombière, I, art. 1139, n° 10.

[11] Tous les actes dont l'effet est d'interrompre la prescription (cpr. art. 2244 et suiv.), valent, en général, comme actes d'interpellation. Cpr. Civ. rej.,

par laquelle le débiteur se reconnaîtrait en demeure, produirait le même effet [12].

Si cependant, l'obligation a pour objet le paiement d'une certaine somme, l'interpellation requise à l'effet de constituer le débiteur en demeure, et de faire courir contre lui les intérêts de cette somme, ne peut, en général, avoir lieu, qu'au moyen d'une demande judiciaire, ou, tout au moins, d'une citation en conciliation suivie d'une demande en justice, dans le mois à dater de la non-comparution ou de la non-conciliation. Art. 1153, al. 3. Code de proc., art. 57.

Une demande portant simplement sur le capital est insuffisante pour faire courir les intérêts moratoires, qui ne sont dus qu'autant qu'il y a été formellement conclu, et à dater seulement du jour auquel ils ont été réclamés [13]. Mais la circonstance que le capital à raison duquel de pareils intérêts sont demandés, ne serait point encore liquide, ne formerait aucun obstacle à leur cours [14].

La demande d'intérêts peut être produite dans toute instance

14 juin 1814, Sir., 14, 1, 241 ; Toullier, VI, 253 ; Duranton, X, 441 ; Larombière, I, art. 1139, nos 16 et 17 ; Colmet de Santerre, V, 56 *bis*, VII ; Demolombe, XXIV, 527 et 528.

[12] Arg. *a fortiori*, art. 2248. Cpr. Toullier et Duranton, *locc. citt.* ; Larombière, I, art. 1139, n° 20 ; Demolombe, XXIV, 530 ; Zachariæ, § 308, note 8.

[13] Merlin, *Rép.*, v° Intérêts, § 4, n° 16. Toullier, VI, 272. Marcadé, sur l'art. 1153, n° 3. Larombière, I, art. 1153, n° 21. Colmet de Santerre, V, 70 *bis*, VII. Demolombe, XXIV, 626 et 627. Limoges, 4 février 1847, et Bordeaux, 6 mai 1847, Sir., 47, 2, 449. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 534; Zachariæ, § 308, note 11; Req. rej., 20 novembre 1848, Sir., 49, 1, 129. Cpr. aussi : Civ. rej., 26 février 1867, Sir., 67, 1, 200. La doctrine énoncée dans les motifs de ces arrêts nous paraît contraire au texte de l'art. 1153, qui ne parlant pas du principal, et disant que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, ne peut grammaticalement et logiquement s'entendre que d'une demande relative aux intérêts. C'est également dans ce sens que dispose l'art. 1207. Nous ajouterons qu'à moins de supposer que les intérêts sont dus *ex officio judicis*, sans même avoir été demandés, dans le cours de l'instance, au moyen de conclusions formelles, ce qui n'est pas admissible, on ne voit pas comment l'effet de pareilles conclusions pourrait remonter à une époque antérieure à celles où elles ont été prises.

[14] Larombière, I, art. 1153, n° 19. Zachariæ, § 308, note 11. Req. rej., 21 novembre 1820, Sir., 21, 1, 392. Paris, 26 mars 1831, Sir., 31, 2, 249. Req. rej., 30 mars 1852, Sir., 52, 1, 577. Civ. rej., 19 juillet 1852, Sir., 53, 1, 33.

engagée, n'importe devant quelle juridiction et par quelle voie[15]. Seulement faut-il qu'elle soit régulière en la forme, et portée devant un juge compétent[16].

La demande en justice exigée par l'art. 1153 pour faire courir les intérêts, ne peut être remplacée par aucun acte, pas même par un commandement signifié en vertu d'un titre exécutoire[17].

La règle posée par le troisième alinéa de l'art. 1153 ne s'applique qu'aux intérêts dus, par le débiteur d'une certaine somme, pour re-

[15] Ainsi, les intérêts moratoires peuvent être réclamés accessoirement à une demande en collocation, formée dans une instance d'ordre ou de distribution de deniers. Merlin, *Rép.*, v° Intérêts, § 4, n° 14. Zachariæ, § 308, note 11. Amiens, 23 février 1821, Sir., 22, 2, 114. Toulouse, 26 janvier 1833, Sir., 33, 2, 486. Req. rej., 2 avril 1833, Sir., 33, 1, 378. Ils peuvent même être réclamés, dans une instance en partage, devant le notaire commis pour liquider les droits des parties. Cpr. Code de proc., art. 977. Civ. cass., 23 février 1813, Sir., 13, 1, 453.

[16] *Non obstat* art. 2246. Il est vrai que, d'après cet article, une demande, quoique formée devant un juge incompétent, est suffisante pour interrompre la prescription. Mais cette considération, qui nous avait d'abord séduits, n'est point décisive. Ce n'est cependant pas que nous considérions comme nulle ou non avenue une assignation donnée devant un juge incompétent, qui subsiste toujours en temps qu'interruptive de prescription ; les motifs qui nous font envisager une pareille assignation comme insuffisante pour faire courir les intérêts, sont, d'une part, qu'elle n'a pas pour effet de saisir le juge qui aura à prononcer la condamnation, et d'autre part, qu'il ne s'agit plus pour le créancier de conserver un droit antérieurement acquis, mais d'acquérir un droit nouveau. Larombière, I, art. 1153, n° 26. Colmet de Santerre, V, 70 *bis*, VII. Caillemer, *Des intérêts*, p. 108. Demolombe, XXIV, 631. Zachariæ, § 308, note 11. Paris, 5 janvier 1837, Sir., 37, 2, 137. Civ. cass., 11 janvier 1847, Sir., 47, 1, 522. Agen, 5 mars 1849, Sir., 49, 2, 178. Décret en Conseil d'État du 26 juin 1852, Sir., 53, 2, 86. Alger, 2 juin 1856, Sir., 56, 2, 635. Douai, 5 août 1857, Sir., 58, 2, 575. Voy. en sens contraire : Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, I, p. 277 ; Devilleneuve, Sir., 47, 1, 522, à la note; Paris, 27 juin 1817, Sir., 17, 2, 375 ; Orléans, 6 avril 1838, Pal., 1838, 1, 600.

[17] Demolombe, XXIV, 629. Zachariæ, § 308, note 11. Grenoble, 9 mars 1825, Sir., 25, 2, 310. Req. rej., 16 novembre 1826, Sir., 27, 1, 33. Riom, 17 mai 1830, Sir., 33, 2, 463. — La Cour de Toulouse (22 janvier 1829, Dal., 1829, 2, 168) a cependant jugé que le commandement signifié en vertu d'un exécutoire de dépens fait courir les intérêts ; mais cette décision, même pour le cas spécial sur lequel elle est intervenue, est inadmissible en présence de la disposition générale de l'art. 1153.— A plus forte raison, une lettre missive, et même une sommation extra-judiciaire, ne seraient-elles pas suffisantes pour faire courir les intérêts. Civ. cass., 13 janvier 1852, Sir., 52, 1, 238.

tard apporté au paiement de cette somme. Elle est étrangère au cas où l'obligation ne consistant plus dans le paiement d'une somme d'argent, le juge alloue tout à la fois une somme principale à titre de dommages-intérêts, et les intérêts de cette somme comme éléments ou complément de l'indemnité. De pareils intérêts peuvent être adjugés à partir d'une époque antérieure à la demande [18]. A plus forte raison en est-il ainsi, quand il s'agit de dommages-intérêts accordés pour réparation d'un délit ou d'un quasi-délit [19].

D'un autre côté, cette règle reçoit exception dans les deux cas suivants [20] :

a. Lorsque, par des dispositions spéciales, la loi fait courir les intérêts de plein droit [21] ;

b. Lorsque, par un retour à la disposition de l'art. 1139, elle fait courir les intérêts à dater du jour où le débiteur a été constitué en demeure au moyen d'une simple sommation extrajudiciaire [22].

Le débiteur peut se soustraire aux effets de la demeure, en prouvant que le retard dans l'exécution de l'obligation provient d'une cause étrangère, qui ne lui est point imputable. Art 1147.

La demeure est purgée, en d'autres termes, elle reste sans effet, lorsque le créancier renonce, expressément ou tacitement, à s'en

[18] Demolombe, XXIV, 634. Zachariæ, § 308, note 9. Req. rej., 31 juillet 1832, Sir., 32, 1, 490. Req. rej., 5 novembre 1834, Dalloz, 1835, 1, 13. Toulouse, 29 novembre 1834, Sir., 35, 2, 462. Req. rej., 23 juillet 1835, Sir., 35, 1, 493. Req. rej., 11 janvier 1856, Sir., 57, 1, 288. Req. rej., 23 février 1858, Sir., 58, 1, 600. Req. rej., 4 avril 1866, Sir., 66, 1, 433.

[19] Voy. les autorités citées à la note 9 du § 445.

[20] Il est généralement admis que les sommes qui figurent dans un compte courant commercial, sont productives d'intérêts à partir du jour des avances ou des versements. Mais, on ne saurait voir là une exception à la règle posée par l'art. 1153. Ces intérêts sont dus, en effet, en vertu d'une convention tacite, fondée sur un usage constant. Pardessus, *Cours de droit commercial*, II, 475. Vincens, *Législation commerciale*, II, p. 158. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 497. Noblet, *Du compte courant*, n[os] 8 et 136. Pont, *Du prêt*, n° 251. Demolombe, XXIV, 632. Bordeaux, 5 juillet 1832, Dalloz, 1833, 2, 19. Civ. rej., 8 mars 1853, Sir., 54, 1, 769. Civ. rej., 24 mai 1854, Sir., 55, 1, 737. Lyon, 20 novembre 1857, Sir., 58, 2, 699.

[21] Cpr. art. 456, 474, 609, 612, 856, 1378, 1440, 1473, 1570, 1652, al. 3, 1846, 1996, 2001 et 2028.

[22] Cpr. art. 474, al. 2 ; art. 1652, al. 4 et 5 ; art. 1936, art. 1996, et Code de comm., art. 184.

prévaloir [23]. Elle est encore, en général et sauf le cours des intérêts, purgée par des offres réelles, valablement faites. Ces offres, toutefois, n'arrêtent les effets de la demeure que pour l'avenir, et laissent subsister les résultats qu'elle a produits jusqu'au moment où elles ont eu lieu [24].

2° De la faute [25] du débiteur [26].

Le débiteur est en faute, lorsqu'il a contrevenu à une obligation de ne pas faire, ou lorsqu'il n'a pas apporté à l'exécution d'une obligation de faire ou de donner, tous les soins dont il était tenu. Art. 1145.

[23] Cpr. sur la renonciation tacite : Toullier, VI, 256 et suiv.; Duranton, X, 449 ; Larombière, I, art. 1139, n° 22 ; Demolombe, XXIV, 535 à 540.

[24] Cpr. § 322, textes et notes 22 à 24.

[25] Nous n'entendons point parler ici des délits ou quasi-délits, mais des fautes commises en contravention aux obligations imposées par un contrat ou un quasi-contrat, et connues sous le nom de *fautes contractuelles*. C'est pour n'avoir pas saisi la différence qui existe entre les délits ou quasi-délits, et les fautes contractuelles, que Toullier est tombé dans l'erreur que nous signalerons à la note suivante.— Cpr. sur cette matière : *Essai sur la prestation des fautes*, par Lebrun, avec une dissertation de Pothier sur cet essai, nouvelle édition ; Paris, 1813, in-8°. *Die Culpa des römischen Rechts*, par Hasse ; Kiel, 1815. *Dissertation*, de Blondeau (*Themis*, II, p. 349). *Dissertation*, par Alban d'Hauthuille (*Revue de législation et de jurisprudence*, II, p. 269 et 342).

[26] La division tripartite des fautes, qui était assez généralement adoptée par les anciens interprètes du Droit romain (*culpa est vel lata, vel levis, vel levissima*), a-t-elle été maintenue par le Code ? Les auteurs sont loin d'être d'accord sur cette question. Proudhon (*De l'usufruit*, III, 1494 et suiv.) enseigne que, sauf quelques modifications, la doctrine des trois espèces de fautes a été consacrée par la nouvelle législation. M. Duranton (X, 397) prétend qu'il n'y a pas d'inconvénients à suivre cette doctrine, dans les cas où le Code ne s'est pas formellement expliqué sur la nature de la faute dont le débiteur est responsable. Toullier (VI, 230 et suiv.) pense, au contraire, que la théorie des interprètes a été formellement rejetée, et que le débiteur est responsable de ses fautes les plus légères. M. d'Hauthuille (*op. et loc. citt.*), appliquant au Droit français la théorie présentée par M. Hasse sur la prestation des fautes en Droit romain, n'admet que deux espèces de fautes : la faute grave, correspondant à la *diligentia in concreto*, et la faute légère, correspondant à la *diligentia in abstracto*. C'est dans un sens analogue que s'est prononcé M. Larombière (I, art. 1137). Appelés à nous décider au milieu de ce conflit d'opinions, nous avouerons qu'aucune d'elles ne nous satisfait. En effet, il paraît évidemment résulter de l'art. 1137, al. 1, de l'*Exposé de motifs* présenté par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 326,

En général, le débiteur doit apporter à l'accomplissement du fait qu'il est chargé d'exécuter, ou à la garde de la chose qu'il est tenu de conserver, tous les soins d'un bon père de famille, c'est-à-dire, la diligence qu'un homme attentif et soigneux apporte communément à l'administration de ses affaires [27]. Art. 1137, al. 1 [28].

nº 32), et du *Rapport fait au Tribunat*, par Favard (Locré, *Lég.*, XII, p. 431, nº 32), que les rédacteurs du Code ont voulu abroger, du moins en thèse générale, la doctrine des interprètes. Et cependant, on ne peut se dissimuler qu'il existe dans le Code diverses traces de cette doctrine. Cpr. art. 804, 1137, al. 2, 1374, 1927 cbn. 1928 et 1992. L'opinion de Toullier nous paraît par cela même aussi inexacte que celle de Proudhon et de Duranton. Elle est d'autant moins admissible, qu'elle ne repose que sur la fausse application à la matière des contrats et quasi-contrats, des art. 1382 et 1383, qui ne concernent que les délits et les quasi-délits. La théorie de M. d'Hauthuille est remarquable par sa netteté et sa simplicité. Mais, comme toutes les théories établies *a priori*, elle est plutôt l'expression de ce qui devrait être que de ce qui est. Aussi, est-ce à grand'peine que M. d'Hauthuille essaye de faire concorder, tant bien que mal, les dispositions du Code avec ses définitions et ses divisions. Souvent même il y échoue, malgré son esprit ingénieux. Nous n'en citerons qu'un seul exemple entre plusieurs autres : le tuteur ne devrait, d'après M. d'Hauthuille, que la diligence *in concreto* ; le fermier ou l'emprunteur devrait, au contraire, la diligence *in abstracto*. Or, comment concilier cette différence avec les art. 450, 1728 et 1880, qui soumettent également toutes ces personnes à la diligence d'un bon père de famille ? MM. Colmet de Santerre (V, 54 et 54 *bis*) et Demolombe (XXIV, 402 à 412), tout en rejetant, avec nous, la division tripartite des fautes, et la théorie de M. d'Hauthuille, ont proposé des systèmes qui, divergents entre eux à certains égards, s'écartent l'un et l'autre, sur quelques points de détail, de la doctrine émise au texte. Cpr. note 30 *infra*.

27 L'expression *bon père de famille*, ayant toujours été prise, dans le langage juridique, pour désigner ce que la L. 25, D. *de prob. et præs.* (22, 3), appelle *homo diligens et studiosus paterfamilias*, il faut admettre que les rédacteurs du Code, en se servant de cette expression, lui ont conservé la même signification.

28 La disposition de l'art. 1137, al. 1, étant conçue en termes généraux, doit s'appliquer, non-seulement aux hypothèses pour lesquelles elle a été rappelée, soit explicitement, soit implicitement (cpr. art. 450, 601, 627, 1624, 1728, 1806, 1880, 1962, al. 1, 2080), mais en général à toutes les hypothèses dans lesquelles elle n'a pas été modifiée par une disposition exceptionnelle. Si cependant il existait une similitude parfaite entre une hypothèse régie par une de ces dispositions exceptionnelles, et une autre hypothèse sur laquelle le Code garde le silence, on pourrait, selon nous, appliquer à cette dernière, la modification introduite à l'occasion de la première. C'est ainsi, par exemple, que la disposition de l'article 804 nous paraît devoir être étendue à l'associé qui gère, sans mandat spécial et exprès, les affaires sociales, et à l'héritier qui administre une succession

Sa responsabilité ne va pas, en général, au delà; mais elle peut ne pas s'étendre aussi loin [29]. Sauf les dispositions particulières qui, pour certaines hypothèses, restreignent le cercle des moyens de justification du débiteur, les exceptions annoncées par le second alinéa de l'art. 1137 ont toutes pour objet de tempérer la rigueur de la règle précédemment posée [30]. Du reste, il appartient au juge d'apprécier, d'après les circonstances, si la faute reprochée au débiteur présente les caractères voulus pour engager sa responsabilité.

Lorsque les deux parties sont en faute, le débiteur est déchargé de toute responsabilité. Arg. art. 1599. Cependant l'application de cette règle paraît devoir être abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge, notamment dans le cas où la faute du créancier n'a été que la suite de celle du débiteur [31].

Le débiteur qui n'a point complétement rempli son engagement, ne peut se soustraire au paiement de dommages-intérêts qu'en

indivise. Mais nous ne pouvons admettre, avec M. d'Hauthuille (*Revue de législation*, t. II, p. 354), qu'il faille également l'étendre au mari, administrateur légal ou usufruitier des biens de sa femme. Cpr. art. 1428, al. 3, 1530, 1531, 1533, 1562 et 1580 cbn. 601, 1577 cbn. 1992.

[29] En supposant un instant, pour mieux faire comprendre notre pensée, que la diligence exigée par l'art. 1137, al. 1, correspondît à la faute légère *in abstracto* des anciens interprètes, les modifications apportées à cet article pourraient bien avoir pour objet, soit de ne rendre le débiteur responsable que de la faute légère *in concreto* (cpr. art. 1927), ou de la faute grave (cpr. art. 884), soit d'autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts dus à raison de la faute reconnue à sa charge (cpr. art. 1374, al. 2, et art. 1992, al. 2), mais non de le soumettre à la prestation de la faute très-légère.

[30] Suivant M. Colmet de Santerre (V, 54 *bis*, II), l'art. 1882 contiendrait une aggravation de la responsabilité imposée au débiteur par l'art. 1137. Mais, à notre avis, cet article n'a pas pour objet de décider une question de degré de faute. Il impose à l'emprunteur une obligation spéciale, dont l'inexécution la rend responsable du cas fortuit. L'art. 1928 n'est pas non plus en opposition avec notre manière de voir : la modification apportée par cet article aux dispositions exceptionnelles de l'art. 1927, fait revivre, dans les hypothèses dont il s'occupe, la règle générale posée par l'art. 1137, al. 1. Au surplus, nous reconnaissons, avec M. Demolombe (XXIV, 411), que le débiteur ne serait pas admis à soutenir qu'il a donné à l'exécution de l'obligation les soins d'un bon père de famille, lorsqu'il n'y a pas apporté la diligence dont il faisait habituellement preuve dans l'administration de ses propres affaires.

[31] Zachariæ, § 308, texte.

prouvant, ou qu'il a donné à l'exécution de l'obligation tous les soins qu'il devait y apporter, ou que son inexécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure. Art. 1147, 1148, 1302, al. 3, et 1732. Il est même certains cas dans lesquels la loi n'admet d'autre excuse que celle du cas fortuit ou de la force majeure. Cpr. art. 1733, 1734, 1784, 1953 et 1954.

3° *Du cas fortuit et de la force majeure* [32].

Le débiteur ne répond pas, en règle générale, du cas fortuit et de la force majeure. Art. 1148.

On doit, pour l'application de ce principe, considérer comme des cas fortuits ou de force majeure, tous les faits ou événements provenant d'une cause étrangère et non imputable au débiteur, qui ont empêché l'exécution complète et régulière de l'obligation. Arg. art. 1147.

Ainsi, lorsque cette exécution n'a pu avoir lieu par suite, soit d'un accident de la nature, soit du fait d'une personne [33] ou d'une chose [34] dont le débiteur n'a pas à répondre, et qu'il n'a pu empêcher, celui-ci se trouve déchargé de toute responsabilité, pourvu que cet accident ou ce fait n'ait pas été précédé ou accom-

[32] Cpr. sur ce qu'on doit entendre par cas fortuit ou de force majeure : L. 23, D. *de R. J.* (50, 17); Art. 1733, 1734. 1754, al. 5, 1755, 1792, 1953 et 1954; Req. rej., 9 mai 1815, Sir., 15, 1, 208 ; *Dissertation*, de Sirey, Sir., 15, 2, 27 , Colmar, 9 novembre 1814, Sir., 15, 2, 139 ; Req. rej., 24 novembre 1814, Sir., 16, 1, 55 : Paris, 29 décembre 1835, Sir., 36, 2, 82; Lyon, 7 mars 1840, Sir., 40, 2, 275 ; Lyon, 20 juin 1845, Sir., 46, 2, 362 ; Civ. cass., 3 mars 1847, Sir., 48, 1, 47 ; Civ. cass., 9 janvier 1856, Sir., 56, 1, 129 ; Civ. rej., 26 décembre 1866, Sir., 67, 1, 73.

[33] Les personnes dont le débiteur est responsable sont, en général, celles qu'énumère l'art. 1384, et spécialement, lorsqu'il s'agit d'une obligation ayant pour objet la livraison ou la restitution d'une chose déterminée dans son individualité, les ayants cause du débiteur relativement à la chose due, par exemple, les fermiers, locataires et commodataires de cette chose. Art. 1735, et arg. de cet article. Cpr. art. 1797 et 1994. Demolombe, XXIV, 558.

[34] Le débiteur est responsable des dommages causés par les choses qu'il a sous sa garde, parce qu'il est personnellement en faute de n'avoir pas pris les précautions nécessaires pour prévenir ces dommages. Arg. art. 1385 et 1386. Demolombe, XXIV, 559.

pagné de quelque faute qui lui soit imputable, et sans laquelle il eût pu régulièrement exécuter l'obligation [35].

Le débiteur qui allègue un cas fortuit de force majeure est tenu de le prouver. Mais il lui suffit, pour se décharger de toute responsabilité, de rapporter cette preuve ; si le créancier prétendait que l'événement ou le fait invoqué par le débiteur pour sa justification a été précédé ou accompagné de quelque faute imputable à ce dernier, ce serait à lui à prouver son allégation [36].

Par exception à la règle générale ci-dessus énoncée, le débiteur répond des cas fortuits ou de force majeure, dans les trois hypothèses suivantes :

a. Lorsqu'il s'est chargé de ces risques [37].

b. Quand, par une disposition spéciale, la loi les a mis à sa charge [38].

c. Lorsque le cas fortuit ou la force majeure n'a eu lieu qu'après la mise en demeure du débiteur. Art. 1302, al. 1.

Toutefois, dans cette dernière hypothèse, comme aussi dans celles où le débiteur n'est chargé des cas fortuits, par une disposition spéciale de la loi, qu'à raison de sa mise en demeure de plein droit [39], ce dernier peut se dégager de toute responsabilité en prouvant que la chose eût également péri chez le créancier. Art. 1302, al. 2. Voy. aussi art. 1042.

[35] Toutes les fois que le débiteur aurait pu, en donnant à l'accomplissement de l'obligation les soins qu'il devait y apporter, empêcher le cas fortuit, ou du moins en atténuer les effets, l'exécution régulière de cette obligation se trouve entravée, moins par le cas fortuit, que par une faute dont le débiteur doit nécessairement répondre. Art. 1807, 1881, 1882, et arg. de ces articles. Ainsi, quoique les faits des tiers doivent être envisagés comme des cas fortuits, le débiteur en devient cependant responsable, lorsque c'est par une faute qui lui est imputable, que ces faits ont apporté obstacle à l'exécution régulière de l'obligation. Cpr. art. 1953. Pothier, n° 142. Larombière, I, art. 1148, n°s 20 et 21. Demolombe, XXIV, 557 et 560. Zachariæ, § 308. Civ. cass., 8 janvier 1851, Sir., 51, 1, 106.

[36] Art. 1808, et arg. de cet art. Larombière, I, art. 1148, n°s 8 et 19. Demolombe, XXIV, 561.

[37] L'art. 1302, al. 2, suppose que le débiteur peut conventionnellement se charger des cas fortuits. Cpr. cep. art. 184.

[38] Voy. art. 1302, al. 4, 1379, 1822, cbn. 1825, 1881 à 1883. Les dispositions de ces articles sont fondées, les unes sur une faute commise par le débiteur ou sur sa mise en demeure de plein droit, les autres sur une convention légalement présumée.

[39] Voy. art. 1302, al. 4, et 1379. Cpr. §§ 331 et 442.

4° De l'étendue et de l'évaluation des dommages-intérêts. De la forme sous laquelle ils peuvent être alloués.

En règle générale, les dommages-intérêts se composent de deux éléments : de la perte subie par le créancier (*damnum emergens*); et du gain dont il a été privé (*lucrum cessans*)[40]. Art. 1149.

Cette règle est soumise à différentes restrictions ou modifications :

a. Lorsque l'inexécution de l'obligation ou l'irrégularité de l'exécution ne provient pas du dol, mais d'une simple faute du débiteur, celui-ci ne doit qu'une indemnité représentant la perte et la privation de gain qui ont été prévues ou qu'on a pu prévoir lors de la formation de l'obligation[41]. Art. 1150.

40 C'est ce qu'indique très-bien l'expression *dommages-intérêts*. Le créancier demandeur en dommages-intérêts doit prouver la perte qu'il a subie et le gain dont il a été privé.

41 Telle est l'idée à laquelle conduit naturellement le rapprochement des art. 1149 et 1150, qui, jusque dans ces derniers temps, avaient été généralement entendus dans le sens de la proposition énoncée au texte. Mais une doctrine nouvelle a été présentée par M. Colmet de Santerre (V, 66 *bis*, III et IV) et adoptée par M. Demolombe (XXIV, 590 à 595). Ces auteurs enseignent que la distinction entre les dommages-intérêts prévus ou non prévus ne concerne que la cause du dommage, qu'elle est étrangère à sa quotité, et qu'ainsi le débiteur, fût-il de bonne foi, doit la réparation complète du dommage causé par sa faute, si la cause du dommage a pu être prévue, et bien que, par suite de circonstances extraordinaires, son importance ait notablement dépassé les prévisions des parties. Dans l'opinion de ces auteurs, l'art. 1633 ne serait pas à considérer comme une disposition exceptionnelle, spéciale à la vente, mais comme une conséquence de l'art. 1150, et devrait ainsi s'appliquer au contrat de bail aussi bien qu'à la vente. Nous ne saurions donner notre adhésion à cette doctrine, qui nous paraît devoir être rejetée comme contraire au texte formel de l'art. 1150. En parlant de dommages-intérêts qui ont été prévus ou qui ont pu l'être, cet article emploie évidemment l'expression *dommages-intérêts* dans le sens de la définition donnée par l'article précédent, pour désigner la perte subie par le créancier et le gain dont il a été privé, perte et manque de gain qui se chiffrent en argent et dont le montant ne peut pas se séparer de la cause qui les a produits. Soutenir le contraire, c'est corriger l'art. 1150, et le lire comme s'il portait : « Le débiteur « n'est tenu que des dommages-intérêts, *dont la cause a été prévue ou qui a pu* « *l'être.* » Ceci établi, il est certain, à notre avis, que l'art. 1633, qui impose au vendeur l'obligation de bonifier à l'acheteur la valeur totale de l'immeuble dont il a été évincé, bien que l'augmentation de valeur reçue par cet immeuble, soit tellement considérable qu'elle n'ait pu entrer dans les prévisions des parties, doit être considéré comme une exception à la règle générale posée par l'art. 1150.

b. Lorsque le débiteur s'est rendu coupable de dol, il est tenu d'indemniser le créancier de toute la perte qu'il a subie et de tout le gain dont il a été privé, sans qu'il y ait lieu de faire la distinction indiquée sous la lettre *a*. Mais, dans cette hypothèse même, il ne doit que la réparation des dommages qui ont été une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation. Art. 1151 [42].

c. Lorsque le débiteur s'est engagé à payer une certaine somme pour représenter les dommages-intérêts, le créancier ne peut, sauf le cas de dol, demander à ce titre une somme supérieure ; mais aussi a-t-il droit à l'intégralité de la somme stipulée, sans que le juge soit, en général, autorisé à la réduire [43]. Art. 1152.

d. En matière de gestion d'affaires, ou de mandat non salarié, le juge est autorisé à modérer, suivant les circonstances, les dom-

Cette exception s'explique, d'une part, par le motif que le vendeur, tenu en Droit français de transférer la propriété de la chose vendue, se trouve, lorsqu'il lui est impossible d'accomplir cette obligation, dans la même position que tout débiteur, tenu de la restitution d'une chose, que par sa faute, il lui est impossible de rendre, et doit par conséquent, comme ce dernier, la valeur intégrale de la chose. Elle se justifie, d'autre part, par la considération que l'acheteur se trouvant, à partir de la vente, chargé de tous les risques de la chose, il est juste qu'il profite aussi de l'augmentation de valeur qu'elle a pu recevoir. Or, comme ces raisons font, l'une et l'autre, complétement défaut en matière de bail, il n'y a pas lieu d'étendre la disposition de l'art. 1633 à ce contrat, qui doit être exclusivement régi par l'art. 1150. Quant à la conclusion que, dans l'opinion contraire, on prétend tirer de la suppression de l'art. 47 du projet du titre *Des obligations*, portant : « Le juge doit toujours taxer les dommages-inté- « rêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point dol de la part du dé- « biteur, » elle n'est, à notre sentiment, nullement exacte. Quels qu'aient été les motifs de cette suppression, elle n'a pu avoir pour effet de donner à l'art. 46 du projet (art. 1150 du Code Nap.) le sens restreint qu'on lui prête, et qu'il n'avait évidemment pas lorsqu'il était suivi de l'art. 47. On doit d'autant moins s'arrêter à cette conclusion que, malgré l'existence au titre *Des obligations*, des art. 46 et 47, les rédacteurs du projet de Code civil avaient eux-mêmes admis, au titre *De la vente* (art. 54), la disposition qui se trouve mot à mot reproduite dans l'art. 1633, ce qui prouve, jusqu'à l'évidence, qu'on a entendu établir, en matière de vente, une règle spéciale pour la fixation des dommages-intérêts.

[42] Cpr. sur cet art. : Pothier, nos 166 et 167 ; Toullier, VI, 286 et 287 ; Larombière, I, art. 1151 ; Demolombe, XXIV, 598 à 604 ; Bruxelles, 22 juillet 1829, Sir., 31, 2, 63.

[43] Une pareille convention ne constituant au fond qu'une clause pénale, nous nous bornerons à renvoyer au paragraphe suivant, pour les modifications à apporter à la règle posée au texte.

mages-intérêts résultant des fautes du gérant d'affaires ou du mandataire. Art. 1374, al. 2, et 1992, al. 2.

e. Les dommages-intérêts dus à raison du retard apporté à l'exécution d'une obligation ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, consistent toujours [44], mais consistent uniquement, dans les intérêts légaux de cette somme à partir de la demande, quel que soit d'ailleurs le préjudice que le défaut de paiement a causé au créancier [45].

Toutefois, les dommages-intérêts peuvent, en matière de papiers négociables [46], de cautionnement [47], et de société [48], surpasser les intérêts légaux de la somme due. Art. 1153, al. 1.

Les exceptions qui viennent d'être indiquées sont les seules admissibles. Ainsi, le créancier, qui, en stipulant le remboursement à jour fixe de la somme à lui due, aurait indiqué au débiteur un dommage spécial, tel que la déchéance d'une faculté de réméré, devant résulter pour lui du défaut de remboursement au terme convenu, ne pourrait, malgré cela, réclamer que les intérêts moratoires au taux légal [49].

Mais la règle posée par le 1er alinéa de l'art. 1153 est inapplicable à l'hypothèse où une personne s'étant engagée à fournir, à titre de prêt, les fonds nécessaires pour une opération déterminée, par exemple pour l'exercice d'une faculté de retrait, n'aurait pas rempli son engagement au jour fixé. Dans cette hypothèse, le stipulant, déchu de la faculté de retrait faute d'avoir reçu les fonds

[44] Car ils sont dus au créancier, sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte. Art. 1153, al. 2. Cpr. Civ. rej., 15 avril 1848, Sir., 48, 1, 818.

[45] Civ. cass., 13 janvier 1852, Sir., 52, 1, 238.— L'intérêt légal, qui n'avait point été réglé par le Code, a été fixé, par la loi du 3 septembre 1807, à 5 pour cent en matière civile, et à 6 pour cent en matière de commerce.

[46] L'art. 1153, en maintenant *les règles particulières au commerce*, a voulu uniquement parler des dispositions spéciales concernant le rechange des papiers négociables. Cpr. Code de commerce, art. 177 à 187. Aix, 21 août 1829, Dalloz, 1829, 2, 288.

[47] Cette exception est développée dans l'art. 2028. Cpr. § 427, texte et note 9.

[48] Cette exception, non rappelée par l'art. 1153, est formellement établie par l'art. 1846. Cpr. § 380, texte et note 1.

[49] Delvincourt, II, p. 533. Marcadé, sur l'art. 1153, n° 2. Colmet de Santerre, V, 70 *bis*, IV. Demolombe, XXIV, 642 et 643. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 267 ; Duranton, X, 488 ; Taulier, IV, 304 et 305 ; Larombière, I, art. 1153, n° 18.

destinés à l'exercer, pourrait demander une indemnité proportionnée au dommage que lui a causé cette déchéance [50].

Du reste, le créancier, auquel son débiteur a porté préjudice par des procédés vexatoires ou des contestations blâmables, peut, pour la réparation de ce préjudice, obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires, auxquels il a droit à raison du retard apporté au paiement de la somme à lui due [51].

Les dommages-intérêts doivent, en général, être alloués sous la forme d'une indemnité pécuniaire, consistant en une somme fixe, déterminée une fois pour toutes.

Cependant, quand il s'agit de dommages-intérêts dus à raison du simple retard apporté à l'exécution d'une obligation, ils peuvent consister en une somme à payer par chaque jour de retard, suivant les règles développées au § 299.

D'un autre côté, en l'absence de toute disposition légale portant que les dommages-intérêts ne peuvent consister qu'en une réparation pécuniaire, les tribunaux sont, au cas d'inexécution d'une convention, et même au cas de simple retard dans son exécution, autorisés à ordonner que les choses formant l'objet de cette convention resteront au compte de la partie qui se trouve en demeure ou en faute, à charge par elle d'en payer la valeur à l'autre partie [52].

5° *De l'anatocisme.*

A la théorie des dommages-intérêts se rattache la question de savoir si des intérêts sont, au cas de retard apporté à leur paiement, susceptibles de produire, à l'instar d'un capital, de nouveaux intérêts.

[50] Dans cette hypothèse il ne s'agit plus d'intérêts moratoires, puisque le stipulant ne demandera pas la somme qui lui avait été promise pour un emploi devenu désormais impossible, mais la réparation du dommage que lui a causé l'inexécution de l'obligation.

[51] Req. rej., 12 novembre 1855, Sir., 56, 1, 737. Req. rej., 1er février 1864, Sir., 65, 1, 62.

[52] Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 225, Civ. rej., 3 août 1835, Sir., 35, 1, 317. Rennes, 19 mars 1850, Sir., 51, 2, 161. Req. rej., 28 avril 1862, Sir., 63, 1, 311. Cpr. cep. Pau, 25 février 1813, Sir., 14, 2, 207 ; Metz, 18 janvier 1815, Sir., 19, 2, 78 ; Paris, 11 juillet 1835, Sir., 35, 2, 489.

L'anatocisme, c'est-à-dire la capitalisation des intérêts dans le but de les rendre eux-mêmes productifs d'intérêts, était, dans notre ancien Droit, et même sous le Droït intermédiaire, prohibée d'une manière absolue [53]. Cette prohibition a été levée, mais dans une certaine mesure seulement, par l'art. 1154; de sorte qu'en dehors des modifications introduites par cet article, et des exceptions qui seront ci-après indiquées, l'anatocisme est encore aujourd'hui à considérer, en principe, comme illicite et usuraire [54].

Les intérêts d'un capital, qu'ils soient dus en vertu d'une convention, d'une disposition spéciale de la loi, ou d'un jugement, sont, sous certaines conditions, susceptibles de produire de nouveaux intérêts [55]; mais ces derniers ne peuvent être convertis, à leur tour, en un capital productif d'intérêts.

Les intérêts d'un capital ne deviennent productifs d'intérêts qu'en vertu d'une convention spéciale, ou d'une demande judiciaire formée à cet effet [56]; ils ne sauraient, à défaut de convention, être alloués pour une époque antérieure à la demande [57].

La convention destinée à faire produire des intérêts aux intérêts d'un capital peut être valablement conclue avant l'échéance de

[53] Colmet de Santerre, V, 71 *bis*, I. Demolombe, XXIV, 649. Civ. cass., 8 frimaire an XII, Sir., 4, 1, 120.

[54] La formule permissive, employée par le législateur dans l'art. 1154, indique clairement que, dans sa pensée, la prohibition de l'anatocisme n'a pas cessé de subsister en principe.

[55] Il en est ainsi, quelles que soient l'origine de la dette et la faveur due à la position du débiteur ou à ses rapports avec le créancier. Civ. rej., 16 août 1825, Sir., 26, 1, 126. Civ. cass., 15 février 1865, Sir., 65, 1, 225.

[56] Il ne suffirait pas de demander les intérêts échus d'un capital pour faire produire à ces intérêts de nouveaux intérêts. Ces derniers ne peuvent être alloués qu'autant qu'il y a été formellement conclu. Toullier, VI, 272. Duranton, X, 503. Paris, 17 novembre 1815, Sir., 16, 2, 6. Mais la demande tendant à faire produire des intérêts aux intérêts échus d'un capital, peut être valablement formée, bien que le *quantum* de ce capital ne soit pas encore déterminé, pourvu que sa liquidation ne dépende pas d'un compte à rendre ou de pièces à fournir par le créancier lui-même. Larombière, I, art. 1154, n° 4. Demolombe, XXIV, 667. Req. rej., 10 décembre 1838, Sir., 38, 1, 968. Civ. rej., 25 août 1845, Sir., 45, 1, 705. Civ. rej., 10 mai 1846, Sir., 46, 1, 375. Civ. rej., 11 novembre 1851, Sir., 52, 2, 17.

[57] Civ. cass., 17 mai 1865, Sir., 65, 1, 250.

ces derniers[58]. Mais le juge ne serait pas autorisé, en condamnant le débiteur aux intérêts d'un capital, à le condamner en même temps, et par avance, à payer les intérêts de ces intérêts, au fur et à mesure de chaque échéance annuelle[59].

Les intérêts d'un capital ne peuvent produire intérêt, que lorsqu'ils sont dus pour une année au moins. Ce qui n'empêche pas que, si des intérêts étaient dus pour une ou plusieurs années complètes et pour un certain nombre de mois en sus, les intérêts de cette fraction d'année ne soient, au moyen de leur adjonction à ceux des années complètes, susceptibles de produire intérêt[60].

[58] Delvincourt, II, p. 536. Toullier, VI, 271. Duranton, X, 499. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Intérêts, n° 103. Taulier, IV, 403. Larombière, I, art. 1154, n° 6. Montpellier, 20 juin 1839, Sir., 39, 2, 497. Civ. rej., 11 décembre 1844, Sir., 45, 1, 97. Req. rej., 10 août 1859, Sir., 60, 1, 456. Dijon, 28 avril 1866, Sir., 66, 2, 347. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1154, n°s 2 et 3 ; Colmet de Santerre, V, 71 *bis*, III ; Demolombe, XXIV, 655 ; Zachariæ, § 308, note 31 ; Nîmes, 9 février 1827. Sir., 27. 2, 128. Dans cette dernière opinion, on se fonde, d'une part, sur ce que l'art. 1154, en parlant *d'intérêts échus*, suppose que la convention qui doit leur faire porter intérêt, ne pourra intervenir qu'après leur échéance ; et l'on invoque, d'autre part, l'assimilation faite par la loi, entre la demande et la convention, assimilation qui conduit, dit-on, à reconnaître, que la demande tendant à faire porter intérêt à des intérêts, ne pouvant être formée qu'après leur échéance, la convention à conclure dans ce but, ne saurait également être passée qu'après cette époque. Le premier de ces arguments nous paraît sans portée. Si la convention ayant pour objet de faire produire intérêt à des intérêts, ne peut s'appliquer qu'à des intérêts échus, cela ne veut pas dire qu'il soit interdit de la conclure avant leur échéance. Quant au second argument, il se réfute par une considération bien simple. La loi indique deux moyens pour faire produire intérêt à des intérêts, savoir, la demande et la convention ; et si, sous ce rapport, elle les place sur la même ligne, ce n'est pas une raison pour en déduire que ces deux moyens ne peuvent être employés qu'à la même époque, et dans des conditions identiques pour l'un et pour l'autre. Le juge commettrait un excès de pouvoir, en condamnant par avance le débiteur à payer des intérêts d'intérêts qui ne sont pas encore dus pour une année, tandis que les choses futures pouvant former l'objet d'une convention, rien ne s'oppose à ce que les parties ne conviennent que les intérêts d'un capital produiront eux-mêmes des intérêts, au fur et à mesure de leur échéance annuelle.

[59] Larombière, I, art. 1154, n° 6. Demolombe, XXIV, 656. Civ. cass., 14 juin 1831, Sir., 37, 7, 484. Riom, 20 juillet 1840, Sir., 40, 2, 456.

[60] Larombière, I, art. 1154, n° 4. Colmet de Santerre, V, 71 *bis*, V. Demolombe, XXIV, 653. Bordeaux, 17 décembre 1842, Sir., 42, 2, 99. Civ. rej., 17 mai 1865, Sir., 65, 1, 250.

Mais on doit conclure de la règle qui vient d'être posée que, dans le cas même où un capital productif d'intérêts aurait été stipulé payable dans un délai moindre que celui d'une année, dans un délai, par exemple, de trois ou six mois, le créancier ne pourrait réclamer en justice les intérêts des intérêts échus de ces trois ou six mois, ni, en général, rendre ces mêmes intérêts productifs d'intérêts par une convention faite avec le débiteur[61].

La règle que les intérêts d'un capital ne peuvent eux-mêmes produire intérêt, qu'autant qu'ils sont dus pour une année, ne s'applique, ni aux revenus échus, tels que loyers, fermages, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, ni aux restitutions de fruits; de sorte que ces revenus ou restitutions deviennent, en vertu de la convention ou de la demande, productifs d'intérêts, alors même qu'ils seraient dus pour moins d'une année. Art. 1155. Mais les intérêts ainsi produits ne peuvent à leur tour porter intérêt, les sommes à raison desquelles ils sont dus n'étant point des capitaux dans le sens de l'art. 1154[62].

La règle qui vient d'être rappelée ne s'applique pas davantage aux intérêts payés, en l'acquit du débiteur, par un tiers, autorisé à en réclamer le remboursement, en vertu d'une action de mandat ou de gestion d'affaires à lui propre[63]. Art. 1155, al. 2. Il y a mieux, les intérêts ainsi payés sont de plein droit productifs d'intérêts, sans qu'il soit nécessaire, pour les faire courir, d'une de-

[61] Admettre en principe la validité d'une pareille convention, ce serait se mettre en opposition avec le texte et l'esprit de l'art. 1154. Mais il est bien entendu que, si, après l'échéance d'une dette payable dans un délai de trois ou de six mois, il était intervenu entre les parties, une convention nouvelle, opérant une véritable novation dans la nature de la créance ou dans la personne du créancier, l'art. 1154 ne serait plus applicable à cette convention. Delvincourt, II, p. 536. Larombière, I, art. 1154, n°s 7 et 8. Demolombe, XXIV, 658 et 659. Cpr. Colmet de Santerre, V, 71 *bis*, IV; Civ. cass., 18 mars 1850, Sir., 50, 1, 381. Voy. en sens contraire : Duranton, X, 500.

[62] Larombière, I, art. 1154 et 1155, n° 5. Civ. rej., 15 janvier 1839, Sir., 39, 1, 97.

[63] Tel paraît être le véritable sens des mots *payés par un tiers en l'acquit du débiteur*, qui figurent au second alinéa de l'art. 1155, dont la disposition n'est pas applicable au tiers qui, simplement subrogé aux droits du créancier, n'aurait à exercer, de son propre chef, aucune action contre le débiteur. Delvincourt, II, p. 535. Duranton, X, 494. Larombière, I, art. 1154 et 1155, n° 8.

mande ou d'une convention [64]. Et, d'un autre côté, les intérêts payés en l'acquit du débiteur par un tiers, constituant pour ce dernier un véritable capital, les intérêts de ces intérêts sont eux-mêmes susceptibles de porter intérêt, au moyen d'une demande ou d'une convention, lorsqu'ils sont dus pour une année au moins [65].

La double règle que les intérêts d'un capital ne peuvent porter intérêts qu'autant qu'ils sont dus pour une année au moins, et que les intérêts d'intérêts ne sont pas eux-mêmes susceptibles de produire de nouveaux intérêts, reçoit exception en matière de comptes courants commerciaux [66], et de comptes de tutelle [67].

[64] Le contraire semblerait résulter de la rédaction du second alinéa de l'art. 1155. Mais l'induction qu'on voudrait tirer en ce sens des termes « La même « règle s'applique aux intérêts payés par un tiers, » est inadmissible en présence de l'art. 2001, qui fait courir de plein droit, au profit du mandataire, les intérêts de toutes les avances faites pour le compte du mandant, article, qui doit, par analogie, recevoir également application en cas de gestion d'affaires. Voy. § 441, texte et note 11. L'assimilation qu'établit le second alinéa de l'art. 1155, entre les intérêts payés par un tiers en l'acquit du débiteur et les restitutions de fruits ou les revenus dont il est question au premier alinéa du même article, n'est donc exacte qu'en ce que ces différentes sommes sont, les unes comme les autres, susceptibles de produire intérêt, bien qu'elles ne soient dues que pour moins d'une année.

[65] Dans cette hypothèse, en effet, c'est un tiers qui devient, en vertu d'un droit qui lui est propre, créancier d'une somme principale, à laquelle doit nécessairement s'appliquer la disposition de l'art. 1154.

[66] Cette exception, fondée sur l'usage général du commerce, est admise par une jurisprudence aujourd'hui constante. Req. rej., 19 décembre 1827, Dalloz, 1828, 1, 64. Dijon, 24 août 1832, Sir., 35, 1, 334. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. Req. rej., 14 juillet 1840, Sir., 40, 1, 897. Grenoble, 24 février 1841, Dalloz, 1842, 2, 91. Colmar, 27 mai 1846, Sir., 48, 2, 491. Req. rej., 12 mars 1851, Sir., 51, 1, 401. Req. rej., 16 décembre 1854, Sir., 55, 1, 105. Voy. dans ce sens : Larombière, I, art. 1154 et 1155, n° 8 ; Delzons, *Revue pratique*, 1864, XVII, p. 259. Cpr. aussi : Demolombe, XXIV, 663. Voy. en sens contraire : Rennes, 6 janvier 1844, Sir., 44, 2, 378 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, III, 498 ; Chardon, *Du dol et de la fraude*, n° 487. Cpr. aussi : Req. rej., 10 novembre 1818, Sir., 19, 1, 423. — Du reste l'exception admise pour les comptes courants commerciaux ne saurait être étendue aux comptes courants entre non-commerçants. Civ. cass., 14 mai 1850, Sir., 50, 1, 441. — D'un autre côté, cette exception ne s'applique qu'aux comptes courants proprement dits, et non aux comptes simples. Besançon, 24 février 1855, Sir., 55, 2, 577.

[67] Art. 455 et 556. Cpr. § 113, note 38.

§ 309.

B. *De la clause pénale.*

La clause pénale est une convention par laquelle le débiteur, afin de mieux assurer l'exécution de son obligation, s'engage à une prestation quelconque, par exemple, au paiement d'une certaine somme d'argent, pour le cas où il n'accomplirait pas cette obligation de la manière convenue, ou se trouverait en retard de l'accomplir[1]. Art. 1226.

L'obligation que la clause pénale engendre, est une obligation secondaire et accessoire. La nullité de l'obligation primitive et principale, à laquelle se trouve attachée la clause pénale, entraîne donc la nullité de cette dernière. Art. 1227, al. 1. Il en est ainsi notamment du dédit ajouté à une promesse de mariage[2].

La règle qui vient d'être posée reçoit cependant exception : d'une part, dans le cas où l'inefficacité de l'obligation principale tenant à un défaut d'intérêt dans la personne du stipulant, l'addition d'une clause pénale a eu précisément pour objet d'y suppléer[3]; et, d'autre part, dans les hypothèses où, malgré la nullité de l'obligation principale, il serait dû des dommages-intérêts, dont l'étendue aurait été déterminée par la clause pénale[4].

La nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation principale. Art. 1227, al. 2.

[1] La clause pénale supposant toujours une obligation primitive et principale, qui existe indépendamment de l'obligation secondaire et accessoire que cette clause engendre, il faut bien se garder de confondre l'obligation garantie par une clause pénale, soit avec une obligation conditionnelle, soit avec une obligation alternative ou facultative. Toullier, VI, 803 à 807. Duranton, XI, 322 à 326. Colmet de Santerre, V, 162 *bis*, II.

[2] Voy. § 454, texte et note 26.

[3] C'est ce qui arriverait, si une stipulation faite pour autrui, hors des hypothèses prévues par l'art. 1121 et contrairement à l'art. 1119, avait été accompagnée d'une clause pénale établie dans l'intérêt de l'auteur de la stipulation. § 19, *Inst. de inut. stip.* (3, 19). Pothier, nos 339 et 340. Delvincourt, II, p. 518. Toullier, VI, 814. Duranton, XI, 330. Merlin, *Rép.*, v° Peine contractuelle. Larombière, III, art. 1227, n° 6. Colmet de Santerre, V, 33 *bis*, I, et 163 *bis*, I. Demolombe, XXIV, 233. Zachariæ, § 310, texte et note 3.

[4] C'est ce qui a lieu dans le cas où la vente de la chose d'autrui, faite à un acquéreur de bonne foi, a été accompagnée d'une clause pénale. Art. 1599. Duranton, XI, 328. Larombière, *loc. cit.* Colmet de Santerre, 163 *bis*, III, 328. Req. rej., 17 mars 1825, Sir., 26, 1, 15.

Le but de la clause pénale est d'assurer l'exécution de l'obligation principale. Il en résulte : *a.* qu'on ne doit pas facilement supposer aux parties, l'intention d'avoir voulu, par la stipulation d'une clause pénale, étendre ou restreindre l'obligation principale; *b.* que le créancier peut, au lieu de réclamer la peine stipulée, poursuivre l'exécution de l'obligation principale, en usant, le cas échéant, du droit que lui confère l'art. 1144 (art. 1228); *c.* que le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins que le contraire n'ait été expressément ou tacitement convenu[5], ou que la peine n'ait été stipulée pour simple retard[6]. Art. 1229, al. 2.

L'effet de la clause pénale est de déterminer par avance, et à titre de forfait, la quotité des dommages-intérêts dus au créancier par le débiteur qui n'exécuterait pas son obligation, ou qui ne la remplirait que d'une manière imparfaite. Art. 1229, al. 1. Il en résulte : *a.* que la peine n'est encourue par le débiteur qu'autant qu'il se trouve en demeure ou en faute (art. 1230); *b.* qu'elle est due au créancier sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte[7]; *c.* que ce dernier ne peut, sauf le cas de dol, demander des dommages-intérêts supérieurs à la peine stipulée (art. 1152); *d.* que le juge n'est point autorisé à modifier la peine à moins qu'ayant pour objet d'assurer le paiement d'une somme d'argent, elle ne soit supérieure aux intérêts légaux de cette somme[8], ou que l'obligation principale n'ait été exécutée pour partie. Art. 1231.

Les art. 1232 et 1233 ayant déjà été expliqués au § 301, nous nous bornerons à y renvoyer.

[5] Le second alinéa de l'art. 1229 ne contient point une disposition d'ordre public, à laquelle il soit défendu de déroger. La peine peut donc être exigée *rato manente pacto*, c'est-à-dire sans préjudice du maintien de l'obligation principale, lorsque telle est la convention des parties. L. 16, D. *de trans.* (2, 15). Art. 1134. Cette convention peut être expresse ou tacite; mais une convention tacite de cette nature ne doit être admise que sur des présomptions graves, et lorsqu'elle ressort, d'une manière non équivoque, de l'intention des parties. Pothier, nos 343 et 348. Duranton, XI, 345 et 347. Larombière, III, art. 1229, n° 5. Colmet de Santerre, V, 106 *bis*, III. Cpr. spécialement, sur la clause pénale ajoutée à une transaction : art. 2047, § 421, texte et note 12.

[6] L'intention des parties à cet égard, n'a pas non plus besoin d'être déclarée d'une manière expresse. Elle peut suffisamment résulter de la comparaison entre le montant de la clause pénale et l'importance de l'obligation principale. Duranton, XI, 344. Colmet de Santerre, V, 106 *bis*, II. Zachariæ, § 310, note 6.

[7] Cpr. loi du 3 septembre 1807 ; § 308 ; texte n° 4, lett. *e*.

[8] Larombière, III, art. 1229, n° 2. Zachariæ, § 310.

§ 310.

C. *De la garantie* [1].

La garantie, considérée activement, est un droit en vertu duquel la personne à qui elle est due (le garanti) peut exiger que celui qui la doit (le garant), fasse cesser des poursuites dirigées contre elle, ou une résistance qu'elle éprouve à l'exercice de ses droits, et l'indemnise, le cas échéant, des suites de ces poursuites ou de cette résistance[2].

On peut distinguer trois hypothèses principales dans lesquelles il y a lieu à garantie :

1° Toute personne qui a transmis, à titre onéreux[3], un droit réel ou personnel, doit en garantir le libre exercice à celui auquel elle l'a transmis, contre tous troubles de droit procédant d'une cause antérieure à la transmission.

Sous cette hypothèse, dans laquelle la garantie résulte de la nature même des contrats à titre onéreux, se placent entre autres :

a. La garantie due par le vendeur ou l'échangiste d'un objet corporel, ou d'un droit réel immobilier. Art. 1626 à 1640 et 1705.

b. La garantie due par le cédant d'une créance ou d'une hérédité. Art. 1693 à 1696.

c. La garantie due par le bailleur. Art. 1725 à 1727.

2° Les copartageants sont tenus, les uns envers les autres, à une garantie dont le but est de maintenir entre eux l'égalité, qui est de l'essence du partage. Art. 884 à 886, 1476, 1872.

Dans ces deux hypothèses, le recours peut être formé par celui auquel est due la garantie, dès que, par suite d'une demande intentée contre lui, ou par suite d'une exception opposée à une demande qu'il a introduite, l'existence du droit transmis ou l'égalité

[1] Cpr. sur cette matière : *Dissertation*, par Labbé, *Revue pratique*, 1865, XIX, p. 241 et 529, XX, p. 536.

[2] On ne peut considérer comme une garantie proprement dite celle dont s'occupent les art. 1641 et suiv. Cpr. § 355 *bis*.

[3] La garantie n'a point lieu, en règle générale, dans les donations. Cpr. § 705. Elle ne peut pas non plus être exercée en matière de legs, à moins que l'objet légué n'ait été déterminé que quant à son espèce, et non dans son individualité. Cpr. § 722.

entre les copartagants se trouvent menacées. Le recours en garantie tend donc à obtenir la cessation du trouble qu'éprouve le garanti, et subsidiairement la réparation du dommage qui résulterait de la décision judiciaire à intervenir.

3° Les coobligés à une même dette sont respectivement garants, les uns envers les autres, jusqu'à concurrence de la part pour laquelle ils doivent contribuer entre eux au paiement de cette dette. Art. 873, 875 et 876; 1213 à 1216; 1221 et 1225.

Dans cette hypothèse, le recours en garantie peut aussi être exercé, dès que le coobligé auquel il compète, est actionné pour la totalité de la dette, ou pour une part plus grande que celle dont il est tenu vis-à-vis de ses coobligés[4]. Le recours tend, en pareil cas, à obtenir de ces derniers le remboursement de la part pour laquelle ils sont tenus de contribuer au paiement de la dette.

Le recours en garantie, considéré par rapport à l'action par suite de laquelle il s'ouvre, engendre une exception dilatoire, au moyen de laquelle celui à qui la garantie est due, peut demander qu'il soit sursis au jugement de la contestation principale pendant le délai que la loi lui accorde pour mettre en cause le garant. Cpr. Code de procédure, art. 175 et suivants.

III. DES DROITS AUXILIAIRES DES CRÉANCIERS.

§ 311.

A. *Des mesures conservatoires.*

Le créancier a non-seulement le droit de prendre toutes les mesures tendant directement à la conservation et à la sûreté de sa créance, en formant, par exemple, une demande en reconnaisance de signature ou en passation de titre nouvel[1]; il est également autorisé à prendre des mesures conservatoires en ce qui concerne le patrimoine du débiteur. Arg. art. 2092.

C'est ainsi qu'il est admis à requérir l'apposition ou la levée des scellés après décès ou faillite, la confection d'un inventaire, à

[4] L'art. 2032, n° 1, le dit en termes exprès, en ce qui concerne la caution; et la disposition de cet article, qui n'est que la conséquence de la nature même du recours en garantie, a toujours été étendue à tous les cas où il existe plusieurs coobligés d'une même dette.

[1] Loi du 3 septembre 1807. Code Nap., art. 2263.

former opposition aux scellés ou au partage, et à intenter une demande en séparation de patrimoines [2].

Le créancier est, au même titre, autorisé à intervenir dans les instances introduites contre le débiteur, ou engagées par ce dernier [3]. Toutefois, l'intervention n'est admissible qu'autant qu'elle repose sur un intérêt sérieux [4], et que, spécialement, elle ait pour objet de garantir un droit susceptible d'être exercé par les créanciers, conformément aux dispositions de l'art. 1166 [5].

Les droits auxiliaires dont il vient d'être parlé appartiennent même au créancier dont la créance serait conditionnelle ou ajournée [6], à charge de se borner à des mesures conservatoires proprement dites, et de ne pas se permettre des actes qui constitueraient en même temps des actes de poursuites. C'est ainsi qu'on ne peut pratiquer de saisie-arrêt [7], en vertu d'une créance conditionnelle ou à terme.

Mais l'action formée dans le seul but de faire reconnaître l'existence d'un droit réel, subordonné à une condition, et d'en empêcher l'extinction par l'effet de la prescription qui pourrait s'accomplir au profit d'un tiers, ne constitue qu'une simple mesure conservatoire [8].

[2] Code de procéd., art. 909, 926, 930 et 941. Code Nap., art. 878 et 882.

[3] Le créancier étant autorisé à attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de ses droits, à plus forte raison peut-il intervenir dans les instances où ce dernier se trouve engagé, pour surveiller sa défense, empêcher la collusion, ou prévenir la consommation de la fraude. *Melius est jura intacta servare quam vulnerata causa remedium quærere.* C'est évidemment dans cet esprit qu'ont été conçus les art. 618, al. 2, 865, 882 et 1447. Demolombe, XXV, 96. Zachariæ, § 312, texte et note 19. Bordeaux, 14 avril 1828, Sir., 28, 2, 221.

[4] Demolombe, XXV, 97. Civ. rej., 10 janvier 1855, Sir., 55, 1, 15.

[5] Larombière, I, art. 1166, n° 34. Demolombe, XXV, 97. Cpr. Req. rej., 6 juillet 1836, Sir., 36, 1, 633.

[6] Art. 1180, et arg. *a fortiori* de cet art. Code de procédure, art. 125. Cpr. art. 2132, 2148, n° 4, 2185 ; loi du 3 septembre 1807. Demolombe, XXV, 51.

[7] Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, quest. 1926. Duranton, XI, 70. Demolombe, XXV, 52. Bourges, 17 mars 1826, Sir., 26, 2, 302. Bruxelles, 18 janvier 1832, Dalloz, 1834, 2, 36. Lyon, 3 juin 1841, Sir., 41, 2. 632. Cpr. différentes consultations insérées au *Recueil de Sirey*, Sir., 17, 2, 77.

[8] Voy. § 213, texte n° 2, lett. *b*.

§ 312.

B. *De l'exercice des droits et actions du débiteur*[1].

Tout créancier est admis à exercer, au nom de son débiteur, les droits et les actions qui lui compètent, à l'exception cependant de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne. Art. 1166.

1° *De la nature du droit établi par l'art.* 1166. — *Des conditions et des effets de son exercice.*

Le créancier ne peut aucunement entraver le débiteur dans l'exercice de ses droits et actions; il n'est autorisé à agir, qu'autant que celui-ci néglige ou refuse de le faire lui-même[2]. D'un autre côté, il ne peut exercer les droits et actions auxquels le débiteur a renoncé, qu'après avoir fait annuler la renonciation, comme ayant eu lieu au préjudice ou en fraude de ses droits[3].

Quoique les créanciers ne soient admis à exercer qu'au nom de leur débiteur, les droits et actions qui lui compètent, cette faculté n'en constitue pas moins un droit qui leur est propre, et pour l'exercice duquel ils n'ont besoin, ni du concours de ce dernier, ni de l'autorisation de la justice, lorsque leur but est uniquement de conserver le patrimoine qui forme leur gage, et de prévenir une prescription, une déchéance, ou toute autre perte qu'il pourrait subir, à raison de l'inaction du débiteur[4]. Dans cette hypothèse,

[1] Cpr. sur cette matière : *Dissertation*, par Labbé, *Revue critique*, 1856, IX, p. 208.

[2] Colmet de Santerre, V, 81 *bis*, IV. Demolombe, XXV, 94. Rouen, 1er décembre 1852, Sir., 53, 2, 330. Civ. rej., 26 juillet 1854, Sir., 54, 1, 563. Civ. rej., 10 janvier 1855, Sir., 55, 1, 15. Cpr. Req. rej., 29 juillet 1867, Sir., 67, 1, 94.

[3] Art. 622, 788, 1464, et arg. de ces articles. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 54, 1, 684.

[4] Dans nos précédentes éditions, nous ne nous étions pas spécialement occupés de l'hypothèse à laquelle s'applique la proposition énoncée au texte, hypothèse qui ne soulève d'autre question que celle de savoir si le tiers contre lequel les créanciers exercent les droits et actions du débiteur, sans le concours de ce dernier et sans subrogation préalable, peut leur opposer une fin de non-recevoir tirée d'un défaut de qualité. La négative de la question ainsi posée ressort des

il n'est pas même nécessaire que leurs créances soient exigibles. Arg. art. 1180.

C'est ainsi que les créanciers peuvent exercer *de plano* une faculté de retrait appartenant à leur débiteur[5], émettre appel d'un jugement rendu contre lui[6], et même se pourvoir en cassation, ou notifier l'arrêt d'admission qu'il aurait obtenu[7].

Mais il est bien entendu que l'action ainsi introduite ne paralysera pas la faculté de disposer dont jouit le débiteur, de sorte que si, même après l'introduction de la demande, celui-ci avait fait, avec le défendeur ou avec un tiers, une convention quelconque, au sujet du droit formant l'objet de l'action du créancier, cette con-

explications données au texte, et de cette considération que l'art. 1166 n'est que la conséquence et la sanction du droit de gage conféré aux créanciers par l'art. 2092. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 336, nº 52). C'est dans ce sens que se prononce de plus en plus la jurisprudence. Civ. rej., 23 janvier 1849, Sir., 49, 1, 193. Req. rej., 2 juillet 1851, Sir., 51, 1, 593. Angers, 25 août 1852, Sir., 52, 2, 587. Grenoble, 9 janvier 1858, Sir., 59, 2, 172. Guadeloupe, 9 avril 1858, Sir., 61, 1, 257. Grenoble, 24 mai 1867, Sir., 68, 2, 104. Voy. aussi les arrêts cités aux trois notes suivantes. Tout en nous ralliant à cette jurisprudence, nous n'entendons pas abandonner la doctrine que nous avons précédemment émise sur la nécessité d'une subrogation judiciaire, en tant qu'il s'agit pour les créanciers de s'assurer, à l'encontre de leur débiteur et des tiers, le bénéfice du droit ou de l'action qu'ils exercent en son nom. Les divergences qui se sont manifestées entre les auteurs, relativement aux conditions sous lesquelles les créanciers sont admis à exercer les droits et actions de leur débiteur, et notamment sur le point de savoir si une subrogation judiciaire est ou non nécessaire à cet effet, tiennent à la circonstance que, jusqu'à présent on a examiné ces difficultés en thèse absolue, sans se préoccuper des résultats que les créanciers se proposent d'obtenir, et sans tenir compte de la distinction que, sous ce rapport, nous croyons nécessaire d'établir entre l'hypothèse rappelée au texte, et celle que nous venons d'indiquer. Voy. dans le sens de la nécessité d'une subrogation judiciaire : Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2236 à 2257 ; Demante, *Programme*, II, p. 396 ; Marcadé, sur l'art. 1166, nº 1, et *Revue critique*, 1852, II, p. 341, 1853, V, p. 518 ; Taulier, IV, p. 309 et 310; Colmet de Santerre, V, 81 *bis*, V. Voy. en sens contraire : Larombière, I, art. 1166, nº 22 ; Bonnier, *Revue pratique*, 1856, I, p. 98 ; Labbé, *Revue critique*, 1856, IX, p. 208 ; Demolombe, XXV, 104 à 107.

[5] Zachariæ, § 312, texte *in fine*, et note 20. Toulouse, 16 janvier 1835. Sir., 35, 2, 327.

[6] Bourges, 31 mai 1859, Sir., 60, 2, 432.

[7] Civ. rej., 1er juin 1858, Sir., 59, 1, 417.

vention serait opposable à ce dernier, sauf à lui à l'attaquer, s'il y a lieu, par voie d'action paulienne [8].

D'un autre côté, si le tiers contre lequel une action est formée par un créancier au nom du débiteur, ne peut invoquer, comme fin de non-recevoir, l'absence de subrogation préalable, il est toujours autorisé à demander la mise en cause de ce dernier lorsqu'il le juge nécessaire ou utile [9].

Du reste, le créancier qui jouirait en son nom personnel d'une action pouvant le conduire à son but, n'en serait pas moins recevable à exercer les droits du débiteur, sans qu'on pût le renvoyer à former au préalable sa propre action [10].

Lorsque les créanciers n'agissent pas dans l'unique but de prévenir la diminution du patrimoine du débiteur, mais que leur intention est de lui enlever en outre la disposition du droit ou de l'action qu'ils exercent, et de s'en assurer le bénéfice, ils ne peuvent atteindre ce résultat qu'au moyen d'une subrogation judiciaire, demandée contre lui [11].

Un créancier n'est autorisé à demander cette subrogation que lorsque sa créance est exigible [12], et jusqu'à concurrence du montant de cette créance [13].

Quoique subrogé aux droits et actions de son débiteur, le créancier ne peut les exercer qu'au lieu et place de ce dernier. Toutefois,

[8] Douai, 26 décembre 1853, Sir., 54, 2, 580. Req. rej., 18 février 1862, Sir., 62, 1, 415. Ces décisions, dont la justesse est incontestable, démontrent, comme nous l'avons indiqué dans nos précédentes éditions, qu'il est de l'intérêt bien entendu du créancier de se faire judiciairement autoriser à exercer les droits et actions de son débiteur, puisque, à défaut d'une subrogation judiciaire préalable, il s'expose à voir son action rester pour lui sans résultat utile.

[9] Demolombe, XXV, 108. Civ. rej., 23 janvier 1849, Sir., 49, 1, 193.

[10] Civ. cass., 25 janvier 1865, Sir., 65, 1, 68.

[11] On n'a jamais contesté aux créanciers la faculté de demander la subrogation judiciaire aux droits et actions du débiteur dans les cas où ils ne peuvent procéder par voie de saisie-arrêt. Les arrêts cités aux notes 4 à 7 *supra*, ne leur ont, ni explicitement, ni implicitement, refusé cette faculté.

[12] Marcadé, sur l'art. 1166, n° 1. Colmet de Santerre, 81 *bis*, III. Labbé, *Revue critique*, 1856, IX, p. 218 et 219. Demolombe, XXV, 100. Zachariæ, § 312, texte et note 7. Voy. en sens contraire : Larombière, I, art. 1166, n° 210.

[13] Art. 788, et arg. de cet article. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2267. Demolombe, XXV, 118. Voy. cep. Larombière, I, art. 1166, n° 23.

la signification de la subrogation judiciaire obtenue par le créancier, ou même la dénonciation de la demande en subrogation, enlève au tiers, touché de cette signification ou de cette dénonciation, la faculté de se libérer entre les mains du débiteur, et à ce dernier, le pouvoir de disposer des droits et actions faisant l'objet de cette subrogation[14].

Les effets que produit la signification ou la dénonciation dont il vient d'être parlé, résultent, à plus forte raison, de l'action dirigée contre le tiers, en vertu de la subrogation préalablement ou concurremment demandée.

Il suit des propositions précédentes :

a. Que le créancier est soumis à toutes les exceptions opposables au débiteur lui-même, pourvu qu'elles procèdent d'une cause antérieure à la signification de la subrogation judiciaire[15].

b. Qu'il ne jouit pas de la voie de la tierce opposition, pour faire réformer les jugements rendus contre le débiteur avant la signification de la subrogation[16]. Cpr. Code de procédure, art. 474.

c. Que les exceptions procédant d'une cause postérieure à la signification de la subrogation, et les jugements obtenus contre

[14] A la vérité, la signification de la subrogation judiciaire ne saisit pas le créancier à l'égard des tiers, comme la signification d'une cession volontaire, puisque *Main de justice ne dessaisit et ne saisit personne*. Mais, par cela même que la subrogation forcée entraîne, à l'instar de la saisie-arrêt, une mainmise judiciaire, la signification de cette subrogation enlève au tiers qui en a été touché, la faculté de se libérer entre les mains du débiteur, et à ce dernier, le droit de disposer des actions auxquelles le créancier a été subrogé. Cpr. art. 1242 ; Code de procédure, art. 565 ; Proudhon, *op. cit.*, V, 2255 à 2261 ; Aix, 9 janvier 1832, Sir., 32, 2, 600.

[15] Ainsi, par exemple, le créancier ne peut plus opposer, au nom de son débiteur, les nullités qui ont été couvertes par la confirmation de ce dernier, à moins de faire annuler cette confirmation comme faite en fraude de ses droits. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 6. Toullier, VII, 568. Demolombe, XXV, 116. Zachariæ, § 312, texte et note 5. Paris, 15 décembre 1830, Sir., 31, 2, 83. Bordeaux, 4 août 1836, Sir., 37, 2, 100. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 54, 1, 684.

[16] A moins cependant que ces jugements n'aient été le résultat d'un concert frauduleux entre le débiteur et le tiers au profit duquel ils ont été rendus, auquel cas les créanciers peuvent faire valoir, par voie de tierce opposition, l'action révocatoire que leur donne l'art. 1167. Toullier, VI, 373 et 374. Duranton, X, 552 et 553.

le débiteur postérieurement à cette même signification, ne peuvent être opposés au créancier [17].

Lorsque le créancier préalablement subrogé n'a formé son action que contre le tiers, le jugement intervenu entre lui et ce dernier ne peut, ni être opposé au débiteur et à ses autres créanciers, ni être invoqué par eux [18].

La signification de la subrogation judiciaire n'a pas, comme celle d'une cession ordinaire, pour effet de saisir le créancier subrogé, des droits et actions de son débiteur, au préjudice et à l'exclusion des autres créanciers de ce dernier. Ainsi, le créancier qui, le premier, a fait signifier sa subrogation judiciaire n'a aucun droit de préférence sur les autres créanciers subrogés ou opposants. Le bénéfice du droit ou de l'action qui a fait l'objet de la subrogation se partage entre tous les créanciers subrogés ou opposants, au marc le franc de leurs prétentions respectives, à moins qu'il n'existe entre eux quelque cause de préférence [19].

Les règles qui viennent d'être développées, sont étrangères au cas où un créancier jouit, en son propre nom, d'une action directe contre la personne qu'il pourrait également poursuivre du chef de son débiteur. Le créancier qui a formé une pareille action n'est pas tenu de faire participer d'autres créanciers au bénéfice du

[17] Ainsi, par exemple, le débiteur ne peut plus, après cette signification, confirmer une obligation entachée de nullité, au préjudice du créancier qui s'est fait subroger à l'action en nullité. Colmet de Santerre, V, 81 *bis*, VI.

[18] Le créancier subrogé à l'action du débiteur, l'exerçant cependant en vertu d'un droit qui lui est propre et dans son intérêt personnel, ne peut être considéré comme le mandataire ou le représentant du débiteur. Notre double proposition se trouve donc justifiée par les principes sur l'autorité de la chose jugée. Si le tiers qui a obtenu gain de cause reste, malgré cela, exposé à être de nouveau recherché par le débiteur ou par ses autres créanciers, il doit s'imputer de n'avoir pas provoqué la mise en cause de ce dernier. Merlin, *Rép.*, v° Cassation, § 8, n° 3. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2300. Labbé, *Revue critique*, 1856. IX. p. 222 et 223. Demolombe, XXV, 224 à 227. Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, V, Cpr. aussi : Larombière, I, art. 1166, n° 20, et V, art. 1351, n° 126. Suivant ce dernier auteur, le jugement obtenu par le créancier subrogé, profiterait au débiteur et à ses autres créanciers, tandis que le jugement rendu contre lui ne pourrait leur être opposé.

[19] Art. 2093. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2269 et suiv. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Voy. cep. Demolombe, XXV, 133.

droit qu'il a ainsi exercé [20]. Les hypothèses dont s'occupent les art. 1753, 1798 et 1994, al. 2, ne sont pas les seules, dans lesquelles le créancier puisse agir en son propre nom, sans recourir à l'exercice des droits et actions de son débiteur. Il en est ainsi toutes les fois qu'un lien juridique, quel qu'en soit le fondement, oblige directement envers le créancier, celui qui se trouve également obligé envers le débiteur [21]

2° Des droits et actions du débiteur, que les créanciers sont autorisés à exercer en son nom.

La faculté accordée au créancier par l'art. 1166 s'étend, en général, à tous les droits et actions du débiteur.

Il faut toutefois en excepter ceux qui ne présentent pas un intérêt pécuniaire et actuel [22] et ceux qui, soit d'après une disposition spéciale de la loi ou l'analogie résultant d'une pareille disposition, soit d'après le motif ou le but en vue desquels l'action ou le droit a été concédé, ne peuvent être exercés que par le débiteur, ou qui du moins ne peuvent pas l'être contre sa volonté par une autre personne [23].

[20] Duranton, X, 547. Duvergier, *Du louage*, I, 1048. Larombière, I, art. 1166, n° 27. Demolombe, XXV, 134 à 138 *bis*, Douai, 30 mars 1833. Dalloz, 1834, 2, 72. Civ. cass., 24 janvier 1853, Sir., 53, 1, 321.

[21] Troplong, *Du louage*, III, 1050. Larombière, I, art. 1166, n° 29. Demolombe, XXV, 139 à 141. Paris, 13 mars 1837, Sir., 37, 2, 370. Paris, 24 mars 1855, Sir., 56, 2, 157. Voy. cep. Civ. cass., 11 novembre 1867. Sir., 67, 1, 429. — Un second acquéreur est-il autorisé à exercer, directement et en son propre nom, contre le vendeur originaire, l'action en garantie pour cause d'éviction, ou ne peut-il au contraire la former qu'au nom de son auteur ? Voy. § 355, texte et notes 22 à 24.

[22] L'intérêt doit être pécuniaire, puisque la faculté accordée au créancier d'exercer les droits et actions de son débiteur, n'a d'autre but que de lui faire obtenir le paiement de ce qui lui est dû. Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2344 ; Duranton, X, 544 ; Colmet de Santerre, V, 81 *bis*, VIII ; Zachariæ, § 312, texte et note 8. Cet intérêt doit, de plus, être actuel, c'est-à-dire actuellement appréciable en argent, parce que l'intérêt actuel est la mesure des actions.

[23] C'est ainsi que nous croyons devoir expliquer la disposition qui interdit au créancier l'exercice des droits et actions exclusivement attachés à la personne du débiteur ; toute autre règle nous paraît conduire à de fausses conséquences. D'après Merlin (*Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 4), « on ne peut considérer « comme attachés à la personne, que les droits qui, tout à la fois, ne passent pas « aux héritiers, et ne sont pas cessibles ; » de sorte que, suivant cet auteur,

Ainsi, on doit considérer comme ne pouvant être exercés par les créanciers[24] : les droits accordés au père et à la mère sur la personne de leurs enfants[25]; le droit de remplir un mandat[26], soit légal[27], soit conventionnel[28], à moins toutefois que le mandat n'ait

tout droit, soit transmissible aux héritiers, soit cessible, pourrait être exercé par les créanciers. Or, cette proposition est évidemment erronée : un droit peut être transmissible aux héritiers qui représentent la personne du défunt et ne font pour ainsi dire qu'un avec lui, sans que pour cela il puisse être exercé par les créanciers. Ainsi, par exemple, l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude passe, en certains cas, aux héritiers ; et, cependant, elle ne peut jamais être exercée par les créanciers. Cpr. art. 957. D'un autre côté, un droit peut être cessible, c'est-à-dire être exercé par une autre personne avec le consentement de celui auquel il appartient, sans que pour cela il soit susceptible d'être exercé par les créanciers contre la volonté du débiteur. Ainsi, par exemple, l'action en dommages-intérêts pour crimes ou délits commis contre la personne, est évidemment cessible ; et, cependant, on la regarde généralement comme ne pouvant être exercée par les créanciers. Cpr. texte et note 38 *infrà*. Voy. aussi art. 1446, et § 359. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'un droit incessible ne saurait, à plus forte raison, être exercé par les créanciers. Cpr. Demolombe, XXV, 56, et 78 à 80. Zachariæ, § 312, note 11.

[24] Les indications que nous allons donner, ne sont point limitatives ; elles sont seulement destinées à expliquer la règle que nous avons posée.

[25] Tels sont, par exemple, le droit de correction (art. 375 et suiv.) ; le droit de consentir au mariage (art. 148 et suiv.) et à l'adoption (art. 346). Ces droits, en effet, sont accordés aux pères et mères, moins dans leur intérêt que dans celui de leurs enfants. En tout cas, ils reposent plutôt sur un intérêt d'affection que sur un intérêt pécuniaire. Demolombe, XXV, 65.

[26] Tout mandat étant fondé sur la confiance qu'inspire la personne à laquelle il est conféré, ne peut, d'après sa nature, être rempli que par cette personne. Cpr. art. 419 et 2003 ; Demolombe, XXV, 60. — Du reste, rien n'empêche que les créanciers ne saisissent, suivant les voies légales, les bénéfices qui peuvent être attachés à l'exécution d'un mandat.

[27] Par exemple, la tutelle (cpr. art. 419) ; le droit d'administration accordé au père sur les biens de ses enfants (cpr. art. 389) ; le droit d'administration conféré au mari sur les biens de sa femme (cpr. art. 1428, 1531 et 1549) ; le droit d'administration compétent à l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent. Metz, 7 août 1823, Sir., 26, 2, 99.

[28] Il en est ainsi, même dans le cas où le mandataire a reçu le pouvoir de se substituer une autre personne. Le choix du sous-mandataire devant être le résultat d'une confiance spontanée de la part du mandataire, il est clair que ce droit d'élection, comme tous les droits d'élection en général, ne peut être exercé que par celui auquel il appartient.

été conféré dans l'intérêt du mandataire [29]; les actions pures et simples en réclamations d'état [30]; les demandes en annulation de mariage, fondées sur une cause de nullité relative [31]; les demandes

[29] Lorsqu'un mandat est conféré dans l'intérêt du mandataire, par exemple, à un créancier pour sûreté de sa créance, il est moins accordé à l'individu personnellement et à la confiance qu'il inspire, qu'il n'est donné au créancier en sa qualité, et par suite d'une espèce de nécessité. Le mandat étant plutôt attaché à la créance qu'à la personne, les créanciers du mandataire peuvent, en pareil cas, l'exercer en son nom. Demolombe, XXV, 61. Bordeaux, 23 novembre 1831, Dalloz, 1832, 2, 29.

[30] La question de savoir si l'action en réclamation d'état peut être exercée par les créanciers est fortement controversée. Toullier (VI, 382) enseigne l'affirmative, en invoquant à l'appui de son opinion le sixième plaidoyer de d'Aguesseau (édition Pardessus, 1, 398). Tel paraît aussi être le sentiment de Merlin, d'après la doctrine qu'il émet (*Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 4, et *Rép.*, v° Légitimité, sect. IV, § I, n° 1, *in fine*) sur ce que l'on doit entendre par droits attachés à la personne. M. Duranton (III, 160, et X, 563) professe, au contraire, l'opinion négative, en se fondant sur ce que l'action en réclamation d'état n'a pas pour objet immédiat et direct un intérêt pécuniairement appréciable. Voy. dans le même sens : Kœnigswarter (*Revue étrangère,* 1841, VIII, 689) ; Demolombe, V, 382 à 385, et XXV, 69 ; Amiens, 10 avril 1839, Sir., 40, 2, 508. Cette dernière opinion nous paraît préférable pour le cas où, comme nous le supposons au texte, les créanciers voudraient élever une réclamation d'état, sans y avoir un intérêt pécuniaire et actuel. Il en serait autrement, si la réclamation d'état était formée à l'appui d'une autre action présentant un intérêt de cette nature, par exemple, à l'appui d'une pétition d'hérédité. Les créanciers, pouvant évidemment exercer une pareille action, sont par cela même autorisés à faire valoir tous les moyens nécessaires au succès de leur demande. C'est dans une cause de cette espèce que d'Aguesseau a professé l'opinion sur laquelle se fonde Toullier. La distinction qui vient d'être indiquée est adoptée par Delvincourt (II, p. 523), Marcadé (sur l'art. 1166, n° 2), et par MM. Valette (sur Proudhon, II, p. 122, note *a*), Larombière (I, art. 1166, n° 4), et Colmet de Santerre (V, 81 *bis*, VIII), Cpr. note 41 *infra*.

[31] Il résulte de l'ensemble des dispositions du Code sur les demandes de cette espèce, et de la discussion qui a eu lieu sur cette matière au Conseil d'État, que ces demandes sont exclusivement attachées à la personne de ceux au profit desquels elles ont été ouvertes. Demolombe, XXV, 67. Cpr. § 462, texte, notes 12 et 45. — Quant aux nullités absolues, elles peuvent être proposées par tous ceux qui y ont intérêt (cpr. art. 184 et 191); et les créanciers sont ainsi autorisés à s'en prévaloir, pour demander, en leur nom personnel, la nullité du mariage, lorsqu'ils ont un intérêt pécuniaire et actuel à faire prononcer cette nullité, par exemple, pour faire tomber l'hypothèque légale de la femme. Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2345 ; Duranton, X, 562.

en séparation de corps[32], et en séparation de biens[33]; le droit de demander des aliments dus en vertu de la loi[34]; l'hypothèque légale, compétant à la femme mariée sous le régime dotal, pour ses reprises dotales[35]; les droits d'usage et d'habitation[36]; le droit d'exercer le retrait successoral[37]; l'action en révocation de donations pour cause d'ingratitude, et toutes les actions en dommages-intérêts naissant de délits contre les personnes[38]; la faculté d'accepter une donation, et celle de révoquer une donation faite entre époux pendant le mariage[39].

Au contraire, on doit considérer comme pouvant être exercés par les créanciers : le droit d'usufruit[40]; les actions en pétition d'hérédité, lors même qu'elles se trouvent compliquées de questions

[32] L'action en séparation de corps est une action *vindictam spirans*, qui ne peut, par cela même, être proposée que par l'époux offensé. Demolombe, IV, 427. Colmet de Santerre, *loc. cit.*

[33] Art. 1446. Les créanciers de la femme peuvent cependant intenter l'action en séparation de biens, avec le consentement de leur débitrice. Cpr. pour l'interprétation de l'art. 1446 : § 516, texte n° 1.

[34] Demolombe, II, 78, XXV, 74. Zachariæ, § 312, texte et note 14. Cpr. Req rej., 8 mars 1831, Sir., 31, 1, 118.

[35] Civ. cass., 13 février 1866, Sir., 66, 1, 197. Cpr. § 537 *bis*.

[36] Ces droits ne pouvant être volontairement cédés par celui auquel ils appartiennent (art. 631 et 734), il en résulte, *a fortiori*, qu'ils ne sauraient former l'objet d'une cession forcée ou d'une subrogation judiciaire. Demolombe, XXV, 71.

[37] Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2345. Toullier, VI, 375. Benoît, *Du retrait successoral*, n° 18. Larombière, art. 1166, n° 7. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Demolombe, XVI, 60, XXV, 72. Zachariæ, § 312, texte et note 15. Montpellier, 16 juillet 1854, Sir., 54, 2, 304. Le retrait successoral ayant été établi par l'art. 841 dans le but d'écarter les étrangers du partage, le droit d'exercer ce retrait est, par sa nature même, attaché à la personne des héritiers au profit desquels il est établi, et ne peut appartenir à des créanciers, qui seraient étrangers à l'hérédité comme le cessionnaire lui-même.

[38] Delvincourt, II, p. 522, note 7. Duranton, X, 557. Marcadé, *loc. cit.* Colmet de Santerre, V, 81 *bis*, IX. Demolombe, XXV, 82 et 83. Zachariæ, § 312, texte et note 16. Ces actions, nommées en droit romain *actiones vindictam spirantes*, ont moins pour objet une indemnité pécuniaire, que la réparation d'un tort moral. Cpr. spécialement, sur l'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude : § 708, texte et notes 17 à 19.

[39] Cpr. § 652, texte *in fine*; § 744, texte n° 5, *in fine*.

[40] Arg. art. 622. Voy. sur les droits des créanciers, en ce qui concerne la jouissance légale des père et mère : § 550 *bis*, texte n° 4.

d'état[41]; le droit de demander le rapport à succession, ou la réduction de libéralités portant atteinte à la réserve, et celui de faire écarter de l'hérédité les personnes incapables ou indignes[42]; les actions appartenant à l'héritier bénéficiaire en cette qualité[43]; le droit de provoquer la déclaration d'absence et l'envoi en possession[44]; les actions en contestation de légitimité; les actions en désaveu, en tant qu'elles compètent aux héritiers du mari[45],

[41] Cpr. note 30 *supra* : § 544 *bis*, texte n° 1, *in fine* ; Delvincourt, II, p. 523 ; et les observations critiques qui se trouvent dans le Recueil de Dalloz (1836, 1, 249), en tête de l'arrêt de rejet du 6 juillet 1836. Voy. cependant la défense de cet arrêt par M. Devilleneuve (Sir., 36, 1, 634).

[42] Cpr. § 630, texte n° 4 ; § 685, *in principio* ; § 591, texte *in fine*.

[43] On a cependant soutenu le contraire, sous le prétexte que l'héritier bénéficiaire n'est qu'un simple mandataire (Paris, 19 mars 1850, Sir., 52, 2, 28). Mais, exprimée d'une manière aussi étendue, cette idée n'est point exacte : si l'héritier bénéficiaire peut être considéré comme mandataire des créanciers héréditaires, en ce sens qu'il est comptable envers eux de son administration, pour autant qu'il se prévaut du bénéfice d'inventaire, il n'en est pas moins propriétaire de la succession, sur les biens de laquelle ses créanciers personnels ont un droit de gage, en vertu duquel ils sont autorisés à les saisir, nonobstant le droit de préférence des créanciers héréditaires. Voy. § 619, texte n° 3. Demolombe, XXV, 64. Douai, 20 juin 1842, Sir., 43, 2, 56. Cpr. Limoges, 5 avril 1831, Sir., 31, 274.

[44] Cette proposition, vivement controversée, se justifie par une série de raisons qu'a parfaitement développées M. Demolombe (II, 61 et 78). Nous nous bornerons à renvoyer à sa discussion, en ajoutant que les créanciers des héritiers présomptifs de l'absent, ont incontestablement intérêt à provoquer l'envoi en possession, pour s'assurer la portion de fruits déterminée par l'art. 127, et pour prévenir la prescription que pourrait encourir leur débiteur, dans le cas du moins où d'autres héritiers auraient obtenu cet envoi. Voy. dans ce sens : de Moly, *Traité des absents*, p. 151 et suiv. ; Talandier, *Traité des absents*, p. 117 ; Colmar, 26 juin 1823, Sir., 37, 2, 484, à la note. Voy. en sens contraire : Plasman, *Des absents*, II, p. 295 et 301 ; Demante, *Encyclopédie*, v° Absent, p. 53, note 2 ; Larombière, I, art. 1166, n° 8 ; Metz, 7 août 1823, Sir., 26, 2, 37 ; Colmar, 30 août 1837, Sir., 37, 2, 484.

[45] Les créanciers du mari ne peuvent avoir aucun intérêt à faire déclarer illégitime l'enfant dont il ne serait pas le père. Il en est autrement des créanciers des héritiers du mari : ils peuvent avoir le plus grand intérêt à écarter de la succession de ce dernier, un enfant illégitime qui, par sa présence, diminuerait les parts afférentes à leurs débiteurs. Or, cet intérêt étant à la fois pécuniaire et actuel, on ne voit aucun motif qui puisse empêcher les créanciers des héritiers d'exercer, au nom de ces derniers, l'action en désaveu. Pour dé-

les actions en révocation de donations pour cause d'inexécution des conditions, et toutes les actions en dommages-intérêts naissant de délits contre la propriété [46]; les actions en nullité et en rescision d'obligations, lors même qu'elles seraient fondées sur la violence, l'erreur ou le dol dont le débiteur aurait été victime [47], ou sur l'incapacité personnelle de ce dernier [48]; les droits d'option, et no-

fendre le système contraire, il faudrait aller jusqu'à prétendre que les créanciers des héritiers du mari ne pourraient pas même écarter de la succession de ce dernier, l'enfant qui, né plus de dix mois après son décès, serait nécessairement illégitime. Marcadé, sur l'art. 317, n° 1. Larombière, I, art. 1166, n° 5. Demolombe, V, 114 et 137, et XXV, 166, Cpr. Req. rej., 6 juillet 1836, Sir., 36, 1, 634.

[46] Duranton, X, 558 et 559. Mangin, *De l'action publique*, I, 125 et 126. Trébutien, *Droit criminel*, II, p. 31. Larombière, I, art. 1166, n° 20. Bastia, 20 mars 1866, Sir., 66, 2, 176.

[47] Merlin, *Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 4. Duranton, X, 562. Marcadé, sur l'art. 1166, n° 2. Larombière, I, art. 1166, n° 15. Colmet de Santerre, V, 81 *bis*, X. Demolombe, XXV, 88. Zachariæ, § 334 *a*, texte et note 2. Voy. cependant, en sens contraire : Toullier, VII, 566 et suiv. La doctrine de Toullier repose sur une confusion évidente entre l'exercice de l'action et la manière de la justifier. Les difficultés que les créanciers doivent le plus souvent éprouver pour établir la violence, l'erreur, ou le dol, ne sont point un motif pour leur refuser le droit de demander la nullité ou la rescision de l'obligation.

[48] Delvincourt, II, p. 523. Merlin, *op. et v° citt.*, § 4, n°s 4 et 5. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2347. Duranton, II, 512 ; X, 561 ; XII, 569. Marcadé, Larombière et Colmet de Santerre, *locc. citt.* Demolombe, IV, 242 ; XXV, 86. Zachariæ, § 312, texte et note 9. Bastia, 26 mai 1834. Dalloz, 1834, 2, 214. Bastia, 30 août 1854, Sir., 54, 2, 481. Voy. en sens contraire : Toullier, *loc. cit.* ; Cubain, *Des droits des femmes*, n° 120 ; Chardon, *De la puissance maritale*, n° 130 ; Grenoble, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 186 ; Paris, 15 décembre 1830, Sir., 31, 2, 83 ; Paris, 10 janvier 1835, Sir., 35, 2, 473. L'exception résultant de l'incapacité du débiteur constitue bien, soit dans le sens de l'art. 1208, soit dans le sens de l'art. 2036, une exception personnelle à l'incapable, en ce sens qu'elle ne peut être proposée, ni par les codébiteurs solidaires, ni par les cautions. Mais il ne résulte pas de là, que cette exception soit exclusivement attachée à la personne de l'incapable, en ce sens que ses créanciers mêmes n'aient pas le droit de la faire valoir en son nom. Si l'art. 225, invoqué à l'appui de l'opinion contraire, dit que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation maritale *ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers*, l'exclusion qui résulte de la rédaction limitative de cet article, ne porte évidemment que sur les personnes qui ont contracté avec la femme non autorisée (arg. art. 1125), et non sur les créanciers qui agissent au nom du mari ou de la femme.

tamment ceux dont jouit la femme mariée en vertu des articles 1408[49] et 1453[50].

[49] Voy. cependant en sens contraire : Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 677 et 678 ; Odier, *Du contrat de mariage*, I, 143 ; Larombière, I, art. 1166, n° 14 ; Zachariæ, § 312, texte et note 17 ; Civ. cass., 14 juillet 1834, Sir., 34, 1, 533 ; Riom, 10 février 1836, Sir., 36, 2, 186 ; Req. rej., 8 mars 1837, Sir., 37, 1, 331. Les motifs donnés par ces arrêts ne nous ont pas paru concluants. Si le droit accordé à la femme par l'art. 1408 constitue un privilége, on ne peut pas en inférer qu'il soit exclusivement attaché à la personne, puisqu'il existe un grand nombre de priviléges qui peuvent, de l'aveu de tout le monde, être exercés par les créanciers de ceux au profit desquels ils sont établis. Telle est l'hypothèque légale de la femme et du mineur ; tel est encore le droit de succession anomale établi en faveur des ascendants par l'art. 747. C'est en vain qu'on veut assimiler le retrait d'indivision, soit au retrait successoral consacré par l'art. 841, soit au retrait lignager admis dans nos anciennes coutumes, puisque la nature même de ces deux retraits, dont l'un a pour but d'écarter les étrangers du partage, et dont l'autre avait pour objet la conservation des biens dans les familles, s'oppose à leur exercice par toute autre personne que par celles qui se trouvent ou qui se trouvaient appelées à en jouir ; tandis que le retrait d'indivision, dont le but est de garantir la femme des suites de l'administration du mari, est, à raison de l'intérêt pécuniaire sur lequel il est fondé, susceptible d'être exercé par les créanciers. Enfin, il est inexact de dire que le système contraire porte atteinte à la liberté du choix que la loi laisse à la femme, puisque nous n'accordons aux créanciers le droit de choisir au lieu et place de celle-ci que dans le cas où elle ne le fait pas elle-même, et que nous ne leur reconnaissons le droit d'exercer le retrait d'indivision auquel leur débitrice aurait renoncé, qu'à charge de prouver, conformément à l'art. 1167, que cette renonciation a été faite au préjudice de leurs droits. Les objections élevées contre notre manière de voir se trouvant ainsi écartées, nous ajouterons qu'elle se justifie, d'une manière péremptoire, par l'art. 1446, qui, en accordant aux créanciers de la femme la faculté d'exercer, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, les droits de leur débitrice, leur reconnaît par cela même la faculté d'exercer l'option dont parle l'art. 1408, option qui constitue un préalable indispensable à la liquidation des droits de la femme. Or, s'il en est ainsi malgré le maintien de la communauté, il doit en être de même, à plus forte raison, après sa dissolution. Voy. dans ce sens : Duranton, XIV, 203 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 494 ; Babinet, *Dissertation, Revue de droit français et étranger*, 1845, II, p. 700 et 701 ; Marcadé, sur l'art. 1408, n° 6 ; Taulier, V, p. 65 ; Demolombe, XXV, 90 et 91.

[50] On n'a jamais contesté aux créanciers de la femme le droit d'accepter la communauté en son lieu et place. Voy. art. 1464. La difficulté ne porte que sur le point de savoir si, lorsque la femme n'a point encore accepté la communauté, ses créanciers peuvent y renoncer en son nom. Or, la faculté de renoncer à la communauté n'étant point un privilége accordé à la femme *intuitu personæ*, mais une simple garantie relative à son patrimoine, nous ne voyons aucune raison

§ 313.

C. *De l'action paulienne ou révocatoire*[1].

Tout créancier, chirographaire ou hypothécaire[2], peut, au moyen de l'action paulienne, demander, en son nom personnel, la révocation des actes faits par le débiteur au préjudice ou en fraude de ses droits. Art. 1167.

1° *Du fondement et de l'objet de l'action paulienne.*

L'action paulienne procède, suivant les cas, soit du principe, que toute personne est tenue de réparer le dommage qu'elle a causé par sa faute, soit du principe, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Elle repose donc toujours sur un rapport obligatoire qui s'est formé, directement et immédiatement, entre le créancier demandeur et le tiers défendeur.

solide pour refuser à ses créanciers l'exercice de cette faculté. Il est, du reste, bien entendu que, si la femme avait accepté la communauté, ses créanciers ne pourraient y renoncer qu'après avait fait rétracter son acceptation, en vertu de l'art. 1167. Voy. dans le sens de notre opinion : Rodière et Pont, *op. cit.*, I, 870 ; Troplong, *op. cit.*, III, 1501 ; Demolombe, XXV, 92. Voy. en sens contraire : Odier, *op. cit.*, I, 430. Cpr. Paris, 31 mars 1853, Sir., 53, 2, 337.

1 L'action accordée aux créanciers pour faire révoquer les actes faits par le débiteur au préjudice ou en fraude de leurs droits se nomme action paulienne, du nom du préteur qui l'a introduite. Cpr. L. 38, § 4, D. *de usuris* (22, 1). Les lois romaines contiennent un grand nombre de dispositions sur l'exercice de cette action. Cpr. § 6, *Inst. de actionibus* (6, 4) ; Lib. 42, tit. 8, D. *quæ in fraud. credit. facta sunt, ut restit.* ; Lib. 7, tit. 75, C. *de revoc. his quæ in fraud. credit. alien. sunt.* Le Code Napoléon, au contraire, se borne à poser, dans l'art. 1167, un principe général, auquel il ne donne aucun développement. En recourant au Droit romain pour suppléer à cette lacune, la doctrine doit le faire avec réserve, et tenir compte des différences qui existent entre les deux législations. Cpr. sur cette matière : *Traité du dol et de la fraude*, par Chardon ; Paris, 1838, 3 vol. in-8. *Des actes faits par le débiteur en fraude des droits du créancier*, par Capmas ; Paris, 1847, broch. in-8. *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, par Bédarride ; Paris, 1852, 3 vol. in-8°.

2 *Lex non distinguit.* Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2369. Capmas, n° 67. Demolombe, XXV, 228. Le créancier hypothécaire qui attaque, pour cause de fraude, la vente de l'immeuble hypothéqué, ne peut être déclaré non recevable, sous le prétexte que la faculté de surenchérir lui donne un moyen plus simple d'exercer ses droits. Cpr. § 294, texte n° 3, et note 101.

Il suit de là que le créancier qui agit par voie d'action paulienne ne saurait être considéré comme l'ayant cause du débiteur, et que sa demande ne peut être repoussée par les exceptions que le défendeur aurait à faire valoir contre ce dernier[3].

Il en résulte encore que l'action paulienne est purement personnelle; et ce, dans le cas même où elle est dirigée contre un acte portant aliénation de droits réels immobiliers[4].

L'action paulienne n'est qu'un remède subsidiaire accordé aux créanciers pour se faire payer de ce qui leur est dû, en vertu du droit de gage que leur attribue l'art. 2092 sur tous les biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir, de leur débiteur.

Ce principe conduit à reconnaître :

Que l'action paulienne n'est recevable qu'autant qu'il s'agit pour les créanciers de faire revivre, à leur profit, des droits dont l'exercice ne leur soit pas interdit, comme exclusivement attachés à la personne du débiteur[5].

[3] Civ. cass., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 234. — Le créancier qui exerce, en vertu de l'art. 1166, les droits et actions du débiteur, et qui se trouve alors soumis à toutes les exceptions susceptibles d'être opposées à ce dernier, a cependant le moyen de s'y soustraire, en faisant révoquer, à l'aide de l'action paulienne, les actes d'où ces exceptions résultent. Cpr. art. 788 ; § 312, texte, notes 8, 15 et 16.

[4] Dans cette hypothèse même, l'action paulienne est fondée sur un rapport d'obligation qui s'est formé entre le créancier demandeur et le tiers défendeur. Elle reste donc, quant à son fondement, purement personnelle. D'un autre côté, l'action paulienne n'ayant, ni pour objet, ni pour résultat, de faire reconnaître, au profit du demandeur, un droit réel immobilier, et tendant uniquement à faire lever l'obstacle qui s'oppose à ses poursuites, ne peut pas même être considérée comme mixte, dans le sens de l'art. 59 du Code de procédure. Cpr. § 746, texte et notes 6 à 9. Capmas, n°s 33 à 41. Demolombe, XXV, 146 *bis*. Req. rej., 27 décembre 1843, Sir., 44, 1, 122. Voy. cep. Proudhon, *De l'usufruit*, V. 2351 ; Larombière, I, art. 1167, n° 45.

[5] Demolombe, XXV, 150, 151, 169 et suiv. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 313, note 2. — Ainsi, par exemple, l'action paulienne ne serait pas admissible contre l'acte par lequel un donateur aurait renoncé à une action en révocation de donation pour cause d'ingratitude. Cpr. § 312, texte et note 38. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, II. Elle ne le serait pas davantage contre l'acte par lequel un père aurait, en émancipant son enfant mineur, tacitement renoncé à l'usufruit légal dont il jouissait. Cette renonciation est en effet une suite forcée de l'émancipation elle-même, à laquelle le père a procédé en vertu d'un droit exclusivement attaché à sa personne. Cpr. § 312, note 25. Toullier, VI, 368. Proudhon, *op. cit.*, V, 2399. Duranton, III, 394. Magnin, *Des minorités*, I, 282. Alle-

Que la révocation n'est jamais prononcée que dans l'intérêt des créanciers demandeurs, et jusques à concurrence du montant de leurs créances[6].

Que le défendeur à l'action révocatoire peut en arrêter le cours, en offrant de désintéresser les créanciers qui l'ont formée[7].

2° *Des conditions auxquelles est soumis l'exercice de l'action paulienne, et des actes contre lesquels elle peut être dirigée.*

L'exercice de l'action paulienne suppose avant tout un préjudice causé aux créanciers qui l'intentent, et ce préjudice ne se comprend que moyennant le concours des trois conditions suivantes :

Il faut, en premier lieu, que les biens du débiteur soient insuffisants pour le paiement de ses dettes[8]. Si son insolvabilité ne se trouvait encore, ni établie par sa déconfiture[9], ni légalement présumée à raison de sa faillite[10], le créancier demandeur devrait, pour la justification de son action, discuter au préalable les biens du débiteur[11], à l'exception cependant de ceux dont la discussion présenterait trop de difficultés[12].

mand, *Du mariage*, II, 1138. Demolombe, VI, 594. Larombière, I, art. 1167, n° 12. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Usufruit paternel, § 10; Zachariæ, § 119, note 10. — *Quid* de l'acte par lequel le père aurait directement renoncé à son usufruit légal? Cpr. § 550 *bis*, texte n° 5, lett. *e*.

[6] Art. 788, et arg. de cet article. Proudhon, *op. cit.*, V, 2369.

[7] Duranton, X, 573. Larombière, I, art. 1167, n° 19. Cpr. Capmas, n° 83.

[8] Le Droit romain le décidait ainsi. Cpr. LL. 1 et 5, C. *hoc. tit.* Et sa décision doit être suivie sous l'empire du Code, comme fondée sur la nature même de l'action paulienne. Delvincourt, II, p. 376. Toullier, VI, 344 et suiv. Proudhon, *op. cit.*, V, 2400. Duranton, X, 572. Larombière, I, art. 1167, n° 17. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, VII.

[9] Voy. sur la déconfiture : § 582.

[10] La faillite résultant de la seule cessation de paiements, un commerçant peut se trouver en faillite, quoiqu'il soit réellement au-dessus de ses affaires. Mais, si la faillite ne prouve pas l'insolvabilité, elle la fait du moins légalement présumer, et autorise ainsi l'action paulienne.

[11] Lorsque le défendeur à l'action paulienne demande la discussion préalable des biens du débiteur, le moyen qu'il propose constitue une défense au fond, et non une simple exception dans le sens de l'art. 2023. Il n'est donc pas tenu de faire l'avance des frais de discussion. Larombière et Colmet de Santerre, *locc. citt.* Demolombe, XXV, 179 à 183. Voy. en sens contraire : Capmas, n° 9.

[12] C'est ce qui aurait lieu notamment, si les biens restés en la possession du débiteur étaient litigieux ou situés en pays étranger. Loyseau, *De la garantie*

Il faut, en second lieu, que le préjudice soit résulté, pour le créancier, de l'acte même contre lequel son action est dirigée, en d'autres termes, que le débiteur ait été au-dessous de ses affaires dès avant la passation de cet acte, ou que du moins son insolvabilité en ait été la conséquence[13].

Il faut enfin que la créance en vertu de laquelle l'action est intentée soit d'une date antérieure à celle de l'acte attaqué[14]. Toutefois, il n'est pas absolument nécessaire, lorsque la créance est constatée par un écrit sous seing privé, que cet écrit ait, dès avant la passation de l'acte attaqué, acquis date certaine, au moyen de l'une des circonstances indiquées en l'art. 1328[15].

---

des rentes, chap. IX, n°s 14, 17 et 18. Brodeau, sur Louet, *Let.* D, chap. XLIX ; *Let.* H, chap. IX. *Arrêtés* de Lamoignon, tit. XXIV, art. 30. Capmas, n° 10. Larombière, *loc. cit.* Demolombe, XXV, 184. Devilleneuve, *Dissertation*, et Req. rej., 22 juillet 1835, Sir., 36, 1, 346.

[13] Si l'insolvabilité n'avait été amenée que par un événement postérieur à l'acte attaqué, cet acte n'aurait en réalité causé aucun préjudice aux créanciers, dont les intérêts se trouvaient encore garantis par un gage suffisant. Art. 2092 Duranton, X, 570. Larombière, I, art. 1167, n° 16. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, VIII. Demolombe, XXV, 178. Req. rej., 8 mars 1854, Sir., 54, 1, 684. Cpr. Civ. rej., 9 janvier 1865, Sir., 65, 1, 65.

[14] L. 10, § 1, LL. 15 et 16, D. *hoc tit.* Art. 1053, et arg. de cet article. Delvincourt, II, p. 526. Toullier, VI, 351. Duranton, X, 573. Capmas, n° 68. Larombière, I, art. 1167, n° 20. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, V. Demolombe, XXV, 232. Bordeaux, 13 février 1826, Sir., 26, 2, 253. Paris, 6 juin 1826, et Req. rej., 30 janvier 1828, Sir., 28, 1, 279. Colmar, 20 mai 1836, Sir., 36, 2, 490. Toulouse, 1er décembre 1837, Sir., 38, 2, 500. Riom, 9 août 1843, Sir., 44, 2, 15. Bourges, 14 août 1844, Sir., 46, 2, 272. Nîmes, 18 décembre 1849, Sir., 50, 2, 164. Bastia, 29 mai 1855, Sir., 55, 2, 495. Les difficultés élevées sur la proposition énoncée au texte tiennent, en grande partie, à la confusion que l'on a faite entre l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation. Cpr. texte *in fine*, et note 49 *infrà*.

[15] Du moment où le demandeur parvient, soit à établir qu'une disposition à titre gratuit a été faite par le débiteur en état d'insolvabilité, ou que celui-ci s'est rendu insolvable par cette disposition même, soit à prouver qu'un acte à titre onéreux a été concerté entre le débiteur et un tiers dans le but de frustrer les créanciers, cette preuve doit, en général, suffire pour l'autoriser à provoquer la révocation de cette disposition ou de cet acte, sans que le tiers contre lequel l'action paulienne est dirigée puisse, en pareil cas, la repousser, par cela seul que le titre du demandeur n'aurait pas acquis date certaine avant la passation de l'acte attaqué. Vouloir soutenir le contraire, ce serait induire de l'art. 1328 une conséquence contraire à son esprit. Cet article, dont l'unique objet est de garan-

Il est, du reste, indifférent que, par l'acte attaqué, le débiteur ait diminué son patrimoine, en abdiquant des droits irrévocablement acquis, ou qu'il ait simplement renoncé à des droits ou avantages ouverts à son profit, mais dont l'acquisition définitive était subordonnée à une manifestation de volonté de sa part[16]. C'est ainsi que les créanciers sont autorisés à demander la révocation, non-seulement des renonciations à une succession, à un legs, ou à une communauté de biens, mais encore de celles que le débiteur aurait faites à une faculté de réméré, ou à une acquisition subordonnée à un droit d'option. C'est ainsi encore qu'ils peuvent, malgré la renonciation du débiteur, opposer une prescription, acquisitive ou extinctive, accomplie à son profit.

Il y a plus : si le débiteur, sans détériorer ou sans négliger d'améliorer son patrimoine en lui-même, avait, par des actes

tir, contre toute possibilité de fraude tentée à l'aide d'antidates, les tiers dont les titres ne sont d'ailleurs pas impugnés, est évidemment étranger à l'hypothèse dont il est ici question. L'établissement des faits ci-dessus énoncés écarte en effet, dans cette hypothèse, tout soupçon de fraude de la part du demandeur, et doit avoir pour résultat de rejeter sur le défendeur la preuve de l'antidate dont il voudrait arguer. Néanmoins, si l'insolvabilité du débiteur ne se trouvait établie que par l'adjonction à ses dettes antérieures de la créance du demandeur, celui-ci devrait, à défaut de date certaine de son titre, justifier de l'antériorité de cette créance par d'autres moyens de preuve. Il devrait même, au cas où l'action serait dirigée contre un acte à titre onéreux, démontrer que le défendeur connaissait, en traitant avec le débiteur, l'existence de cette même créance. Larombière, I, art. 1167, n° 22. Req. rej., 14 décembre 1829, Sir., 30, 1, 25. Cpr. Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 292 ; Req. rej., 30 janvier 1827, Sir., 28, 1, 279 ; Bordeaux, 19 décembre 1836, Sir., 36, 2, 481 ; Bastia, 29 mai 1855, Sir., 55, 2, 495 ; Req. rej., 25 juillet 1864, Sir., 64, 1, 452. Voy. cep. Demolombe, XXV, 234.

[16] Le Droit romain n'admettait pas l'action paulienne, lorsque le débiteur avait simplement négligé d'augmenter son patrimoine. L. 6, *prœ.*, et §§ 1 à 4, D. *hoc tit.* Cette restriction n'est pas admise dans notre Droit, qui, sans rappeler la distinction établie par le Droit romain, ouvre l'action paulienne contre *tous les actes* faits par le débiteur en fraude de ses créanciers. En étendant ainsi le cercle de cette action, les rédacteurs du Code n'ont fait qu'appliquer le principe d'après lequel le droit de gage des créanciers porte, tant sur les biens à venir, que sur les biens présents de leur débiteur. Art. 2092. Toullier, VI, 369 et 370. Duranton, X, 569 et 570. Proudhon, *op. cit.*, V, 2368. Demante, *Programme*, II, 597. Larombière, I, art. 1167, n° 10. Demolombe, XXV, 164 à 166. Zachariæ, § 313, texte et note 5. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1167, n° 3. Cpr. aussi : Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, III.

quelconques, porté atteinte au droit de gage dont les créanciers jouissent sur ce patrimoine, le préjudice qui en résulterait pour eux les autoriserait également à demander, le cas échéant, la révocation de ces actes. Ainsi, par exemple, la vente d'un immeuble pourrait, quoique faite moyennant un juste prix, être réputée frauduleuse, si elle avait eu lieu dans le but de soustraire cet immeuble aux poursuites des créanciers, et si le prix en provenant n'avait pas tourné à leur profit. De même encore, si dans un acte de vente une partie du prix avait été dissimulée et payée au vendeur, les créanciers, même simplement chirographaires de ce dernier, seraient admis à faire annuler ce paiement comme frauduleux, pour faire valoir leurs droits sur la somme ainsi payée[17].

L'action paulienne, dirigée contre un acte d'aliénation ou de renonciation fait à titre gratuit, ne requiert pas d'autres conditions que celles qui ont été précédemment indiquées. Elle doit être admise, même dans le cas où le débiteur n'aurait point eu l'intention de frustrer le créancier qui l'intente[18].

[17] Civ. cass., 21 juillet 1857, Sir., 58, 1, 103. Cpr. Proudhon, *op. cit.*, V, 2362; Demolombe, XXV, 167. — Voy. sur la position respective, en pareille circonstance, des créanciers hypothécaires et des créanciers chirographaires : § 294, texte n° 3, *in fine*, et note 102.

[18] Les lois romaines distinguent aussi entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, en ce qu'elles n'exigent pas, lorsque l'action paulienne est dirigée contre des actes à titre gratuit, la preuve de la complicité du tiers au profit duquel ces actes ont eu lieu. Mais elles n'attribuent pas à cette distinction des effets aussi étendus que ceux que nous croyons devoir y rattacher, en ce qu'elles n'admettent l'action paulienne, même contre les actes à titre gratuit, qu'autant que le préjudice causé (*eventus damni*) a été accompagné de l'intention frauduleuse du débiteur (*consilium fraudandi ex parte debitoris*). Cpr. L. 1, L. 6, §§ 8 et 12, L. 10, D. *hoc tit.*; L. 79, D. *de R. J.* (50, 17). C'est également dans ce sens que se prononcent la plupart des auteurs, avec cette différence cependant que les uns écartent l'application des lois romaines pour les cas de renonciations gratuites prévus par les art. 622, 788 et 1053, et reconnaissent qu'alors le simple préjudice suffit, tandis que les autres, s'en tenant d'une manière absolue au Droit romain, exigent, même dans les cas dont il vient d'être parlé, la double condition du préjudice et de la fraude. Voy. pour le premier système : Capmas, p. 33 et suiv. : Demante, II, 471 *bis*, I et II; Colmet de Santerre, V, 32 *bis*, IX et X. Voy. pour le second système : Toullier, VI, 348 à 354 : Grenier, *Des donations*, I, 93 ; Proudhon, *op. cit.*, V, 2353 à 2356 : Marcadé, sur l'art. 1167, n° 2 ; Larombière, art. 1167, n° 14 : Demolombe, XXV, 191 à 195. A notre avis, le Code Napoléon s'est écarté, sur ce point, de la doctrine du Droit romain. En effet, les art. 622, 788 et 1053 accordent l'action

A plus forte raison, le tiers contre lequel elle est introduite ne pourrait-il la repousser, en se fondant sur ce qu'il n'aurait point été complice de l'intention frauduleuse du débiteur[19].

Mais, lorsque cette action est dirigée contre un acte à titre onéreux, elle exige la preuve d'un concert frauduleux entre le débiteur et le tiers avec lequel il a traité. Le créancier doit donc, en pareil cas, prouver, d'une part, qu'en consentant l'acte qui lui a porté préjudice (*eventus damni*), le débiteur avait l'intention

paulienne contre les renonciations gratuites dont ils s'occupent, abstraction faite de toute intention de fraude de la part du débiteur, par cela seul qu'un préjudice a été causé aux créanciers. Ces dispositions sont d'autant plus significatives, que c'est à la demande de la Cour de cassation, et précisément par le motif que le *préjudice* devait suffire, que cette dernière expression a été substituée au mot *fraude*, primitivement employé dans les art. 622 et 788. Voy. Fenet, II, p. 545 et 570. En tenant compte de ce changement de rédaction et du motif qui l'a amené, on ne saurait considérer les dispositions des articles précités comme exceptionnelles, et l'on doit, au contraire, les regarder comme des applications du principe posé au texte. Le mot *fraude*, il est vrai, se lit encore dans l'art. 1464. Mais si, dans cet article, on n'y a pas substitué le terme *préjudice*, ce ne peut être que par l'effet d'une inadvertance, puisqu'il n'existe aucune raison pour distinguer, au point de vue qui nous occupe, entre la renonciation à communauté et la renonciation à succession. Cpr. § 517, texte n° 4. D'un autre côté, l'esprit de notre nouvelle législation se révèle d'une manière plus énergique encore dans la disposition de l'art. 2225, qui autorise les créanciers à faire révoquer la renonciation à prescription, lors même qu'elle ne serait pas entachée de fraude. Or, si une pareille renonciation, qui cependant ne constitue pas une pure libéralité, peut être attaquée, par cela seul qu'elle a été faite à titre gratuit et au préjudice des créanciers, il serait irrationnel de ne pas appliquer la même décision aux véritables donations. Enfin, on ne voit pas pourquoi l'admissibilité de l'action paulienne contre les tiers au profit desquels ont été passés des actes à titre gratuit, devrait dépendre de la mauvaise foi du débiteur, puisque, dans le cas même où ce dernier serait de bonne foi, les tiers, *qui certant de lucro captando*, ne s'en enrichiraient pas moins aux dépens des créanciers, *qui certant de damno vitando*. Nous croyons donc devoir rejeter également les deux systèmes ci-dessus exposés, dont les partisans se mettent, les uns, en contradiction avec eux-mêmes, les autres, en opposition ouverte contre la loi.

[19] Capmas, n° 46. Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2354 à 2357. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, XI. Larombière, I, art. 1167, n° 26 à 29. Demolombe, XXV, 197. Zachariæ, § 313. Bordeaux, 13 février 1826, Sir., 26, 2, 253. Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 292. Paris, 6 juin 1826, Sir., 28, 1, 279. Paris, 11 juillet 1829, Sir., 30, 2, 16. Req. rej., 30 juillet 1839, Sir., 40, 1, 227. Req. rej., 2 janvier 1843, Sir., 43, 1, 114. Douai, 4 mai 1846, Sir., 46, 2, 470.

de le frustrer (*consilium fraudandi ex parte debitoris*) ; et, d'autre part, que le tiers s'est rendu complice de l'intention frauduleuse de ce dernier (*fraudis non ignorantia ex parte tertii*).

Le dessein de frauder de la part du débiteur se présume, lorsqu'il fait un acte préjudiciable à ses créanciers, en connaissance de son insolvabilité [20] ; et cette connaissance doit même facilement s'admettre, parce qu'on ne peut, en général, supposer qu'une personne ignore l'état de ses propres affaires [21]. Quant à la complicité du tiers, elle résulte suffisamment, du moins en général, de la circonstance qu'il n'ignorait pas, au moment où il traitait avec le débiteur, l'insolvabilité de ce dernier [22].

Si la personne au profit de laquelle le débiteur a consenti un acte préjudiciable à ses créanciers avait transmis les droits qu'elle tenait de celui-ci, l'action paulienne ne serait admissible contre le nouvel acquéreur qu'autant qu'elle l'eût été contre son auteur [23] ; et dans ce cas-là même, elle ne pourrait être utilement exercée contre un sous-acquéreur à titre onéreux, qu'autant qu'il aurait été lui-même complice de la fraude [24].

[20] L. 15, D. *hoc tit.* Toullier, VI, 349. Capmas, n°s 3 et 4. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, VIII. Demolombe, XXV, 188. Cpr. Larombière, I, art. 1167, n° 6.

[21] L. 17, § 1, D. *hoc tit.* Proudhon, *op. cit.*, V, 2358. Cpr. Capmas, n° 5. Voy. cep. § 3, *Inst. qui et ex quib. caus. manum. non poss.* (1, 6) ; Toullier, VI, 350.

[22] L. 6, § 8, L. 10, §§ 2 et 8, D. *hoc tit.* Proudhon, *op. cit.*, V, 2361 et 2362. Larombière, I, art. 1167, n° 30. Demolombe, XXV, 204. Voy. cep. texte et notes 31 à 33 *infra*.

[23] Il est, en effet, évident que, du moment où les biens sont sortis du patrimoine du débiteur, en vertu d'un acte non sujet à révocation contre celui qui les a acquis, le droit de gage des créanciers se trouve définitivement éteint. Si cependant la fraude avait été, dès le principe, concertée entre le débiteur et le second acquéreur, et que la première aliénation n'eût été qu'un moyen de mieux la couvrir, il ne serait pas douteux que l'action paulienne ne pût être utilement intentée contre ce dernier. Demolombe, XXV, 199.

[24] On pourrait objecter contre cette solution que, dès que l'action paulienne est admissible contre l'ayant cause immédiat du débiteur, elle doit, à l'exemple des actions en nullité ou en rescision fondées sur le dol ou la lésion, réfléchir contre les sous-acquéreurs, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi, qu'ils aient acquis à titre onéreux ou à titre gratuit ; et ce, en vertu de la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet.* Mais l'assimilation que l'on voudrait établir entre l'action paulienne et les actions en nullité ou en rescision,

Pour compléter les règles générales qui viennent d'être exposées, il convient d'ajouter quelques observations concernant en particulier : les constitutions de dot faites par le débiteur ; les cautionnements qu'il a fournis ; les actes au moyen desquels il a amélioré la condition de l'un de ses créanciers ; les dettes nouvelles qu'il a contractées ; et les partages auxquels il a concouru.

a. Les constitutions de dot faites au profit de la femme doivent, quant au mari, et en ce qui concerne ses droits, être rangées parmi les actes à titre onéreux ; peu importe que la dot ait été constituée par les père et mère, ou par un tiers[25]. Il en est de même, *a fortiori*, de la constitution de dot émanant de la femme elle-même[26].

au point de vue de leurs conséquences à l'égard des sous-acquéreurs, manquerait d'exactitude. L'action paulienne, en effet, n'est, ni une action en nullité, ni une action en rescision, dans le sens propre de ces expressions : elle n'impugne pas en lui-même, et dans son essence, l'acte contre lequel elle est dirigée ; lors même qu'elle est admise, elle laisse subsister cet acte en ce qui concerne les rapports des parties contractantes. Uniquement fondée sur la fraude commise au regard des créanciers ou sur le préjudice qui leur a été causé, cette action n'entraîne qu'une révocation purement relative, dont les effets se restreignent aux complices de la fraude, aux auteurs du préjudice. Elle ne réfléchit donc pas, de sa nature, contre les sous-acquéreurs, et elle ne peut être directement admise contre eux, qu'autant qu'ils ont personnellement participé à la fraude, ou qu'en leur qualité d'acquéreurs à titre gratuit, ils se trouvent soumis à l'application du principe, que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Proudhon, V, 2412. Duranton, X, 582 et 583. Capmas, n° 74. Coin-Delisle, *Revue critique*, 1853, III, p. 857, n° 6. Larombière, I, art. 1167, n° 46. Marcadé, sur l'art. 1167, n° 14. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, XII. Demolombe, XXV, 200. Zachariæ, § 313, texte et note 9. Req. rej., 24 mars 1830, Sir., 30, 2, 252. Paris, 11 juillet 1829, Sir., 30, 2, 16. Req. rej., 6 juin 1849, Sir., 49, 1, 481 et 487. Civ. rej., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 234. Voy. cep. Duvergier, sur Toullier, VI, 252, note 1re ; Amiens, 26 mars 1825, Sir., 25, 2, 417.

[25] Le mari reçoit, en effet, à titre onéreux (*ad sustinenda matrimonii onera*), les biens apportés en dot par la femme. Art. 1540, L. 14, *in fine*, L. 25, § 1, D. *hoc tit.* Furgole, *Des testaments*, chap. IX, sect. I, n° 20. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 15, n° 4. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Fraude, n° 21. De Fréminville, *De la minorité*, II, 642 *bis*. Duranton, X, 579. Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 131. Larombière, I, art. 1167, n° 34. Demolombe, XXV, 211. Req. rej., 18 novembre 1861, Sir., 62, 1, 737. Cpr. Req. rej., 25 février 1845, Sir., 45, 1, 417, et les arrêts cités aux notes 26 et 28, *infra*. Voy. cep. en sens contraire : Krug-Basse, *Revue critique*, 1859, XIV, p. 257 ; Capmas, n° 49 ; Riom, 18 janvier 1845, Sir., 45, 273.

[26] Req. rej., 6 juin 1849, Sir., 49, 1, 481.

La jurisprudence va plus loin encore : elle reconnaît à la constitution dotale faite par le père ou la mère le caractère d'acte à titre onéreux, au regard de la femme elle-même, et n'admet, en conséquence, l'action paulienne contre celle-ci, qu'autant que sa participation à la fraude du constituant se trouve établie par la connaissance de l'insolvabilité de ce dernier. Nous ne saurions donner notre adhésion à cette solution[27].

[27] Voy. Paris, 31 janvier 1845, Sir., 45, 2, 129; Civ. cass., 2 mars 1847. Sir., 47, 1, 186; Civ. rej., 23 juin 1847, Sir., 47, 1, 817; Bourges, 9 août 1847, Sir., 47, 2, 485; Civ. cass., 14 mars 1848, Sir., 48, 1, 437; Riom, 27 mars 1849, Sir., 50, 2, 548; Grenoble, 3 août 1853, Sir., 54, 2, 449. Cette jurisprudence, d'autant plus dangereuse qu'il sera presque toujours très-difficile de prouver contre la femme, qu'elle s'est rendue complice de la fraude du constituant, est en opposition formelle avec les lois romaines citées à la note 25 *supra*, dont les dispositions doivent, *a fortiori*, recevoir application sous l'empire d'une législation qui, à la différence du Droit romain, a consacré la maxime *ne dote qui ne veut*. En vain dit-on que la constitution dotale revêt, même au regard de la femme, le caractère d'acte à titre onéreux, puisqu'elle se soumet, en se mariant, à des obligations qui lui sont communes avec son mari, et qu'elle sera tenue de remplir seule, à son défaut. Ces obligations, en effet, qui dérivent du mariage même, ne sont pas inhérentes à la constitution dotale, et ne peuvent, du moins quant à la femme, être considérées comme y étant corrélatives. Elles ne sauraient donc avoir pour effet de faire dégénérer, en ce qui la concerne, une disposition à titre gratuit en un contrat à titre onéreux. Aussi vainement se prévaut-on des dispositions des art. 1440 et 1547, qui soumettent le constituant à la garantie de la dot, tant à l'égard de la femme qu'à l'égard du mari, pour en conclure que la constitution dotale présente, tout aussi bien quant à la première que quant au second, le caractère d'acte à titre onéreux. Si la garantie n'a pas lieu, de plein droit, en matière de dispositions à titre gratuit, rien n'empêche que le donateur ne s'y soumette expressément, sans que, pour cela, la donation se transforme en un contrat à titre onéreux. Et à l'inverse, le constituant pourrait évidemment se soustraire, par une clause de non-garantie, à l'application des art. 1440 et 1547, qui ne sont que purement déclaratifs de la volonté présumée des parties. On ne saurait donc attribuer à la garantie tacite qui découle de ces articles, plus d'effet que n'en produit une clause expresse de garantie. Enfin, on argumente encore du second alinéa de l'art. 1167 et du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais ces arguments nous paraissent porter à faux. Le second alinéa de l'art. 1167, qui ne se réfère qu'aux art. 882 et 1447, est évidemment étranger à l'action paulienne dirigée contre des constitutions dotales. Quant au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, il ne signifie autre chose, si ce n'est que les époux ne peuvent modifier ces conventions après la célébration du mariage, et n'a nullement pour objet de restreindre les droits des tiers. Ce qui le prouve sans réplique, c'est que les donations faites

A plus forte raison rejetterons-nous l'application qui en a été faite à la dot constituée au profit du mari par son père ou sa mère[28].

Quant aux donations faites entre époux, elles rentrent incontestablement, en ce qui concerne les conditions requises pour l'admission de l'action paulienne, dans la classe des actes à titre gratuit, lors même qu'elles sont faites par contrat de mariage, et avec clause de réciprocité[29].

b. Le cautionnement ne doit pas être considéré comme un acte à titre gratuit fait en faveur de la personne à laquelle il a été fourni. Les créanciers de celui qui s'est constitué caution envers un tiers ne peuvent donc faire révoquer le cautionnement, qu'autant que ce tiers a participé à la fraude[30].

c. Les paiements faits, ou les hypothèques constituées, par un débiteur obéré, au profit de l'un de ses créanciers, ne peuvent être attaqués, par cela seul que ce créancier les aurait acceptés en connaissance de l'insolvabilité du débiteur[31]. Mais il devrait en en être autrement, si les circonstances tendaient à établir que ces actes ont été passés, bien moins dans l'intérêt légitime de l'un des créanciers, que dans le but frauduleux de soustraire aux poursuites des autres une partie des biens du débiteur commun[32].

d. Des observations analogues s'appliquent aux nouvelles dettes que contracte un débiteur insolvable. Si la circonstance que le tiers aurait connu l'insolvabilité du débiteur avec lequel il a traité ne suffit pas pour les faire réputer frauduleuses, elles doivent

par contrat de mariage sont, comme toutes autres, révocables pour cause de survenance d'enfants, et réductibles en cas d'excès de la quotité disponible. Voy. dans le sens de notre opinion : Troplong, et Larombière, *opp. et locc. citt.* ; Demolombe, XXV, 212 et 213.

[28] Cpr. Civ. cass., 14 mars 1848, Sir., 48, 1, 376 ; Bourges, 9 août 1848, Sir., 48, 2, 597 ; Civ. rej., 9 janvier 1865, Sir., 65, 1, 65. Voy. dans le sens de notre opinion : Demolombe, XXV, 214.

[29] Larombière, I, art. 1167, n° 35. Demolombe, XXV, 217 et 218. Bordeaux, 13 février 1826, Sir., 26, 2, 253. Paris, 6 juin 1826, Sir., 28, 1, 279. Paris, 11 juillet 1829, Sir., 30, 2, 16. Req. rej., 6 juin 1849, Sir., 49, 1, 481.

[30] Civ. rej., 13 mars 1854, Sir., 55, 1, 751.

[31] L. 10, § 13, LL. 13, 22 et 24, D. *hoc tit.* Demolombe, XXV, 225. Lyon, 13 juillet 1843, Sir., 45, 1, 417.

[32] Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2367. Capmas, n° 64. Larombière, I, art. 1167, n° 40. Demolombe, XXV, 226. Req. rej., 24 novembre 1835, Sir., 36, 1, 350. Douai, 4 mai 1846, Sir., 46, 2, 470. Paris, 14 décembre 1846, Sir., 47, 2, 45 et 47. Req. rej., 12 février 1849, Sir., 49, 1, 506.

cependant être considérées comme telles, lorsque le tiers qui a fourni des fonds au débiteur savait que celui-ci avait l'intention de les détourner au préjudice de ses autres créanciers, et qu'il s'est fait attribuer des sûretés spéciales qui ont eu pour résultat de diminuer le gage de ces derniers [33].

e. Les créanciers d'un cohéritier, qui n'ont pas usé de la faculté que leur accorde l'art. 882, de s'opposer à ce qu'il soit procédé, hors de leur présence, au partage de la succession, ne sont recevables à attaquer, par voie d'action paulienne, le partage consommé sans leur intervention, qu'en établissant qu'il est le résultat d'une fraude concertée entre tous les cohéritiers. Il ne leur suffirait pas d'établir l'existence d'un concert frauduleux entre leur débiteur et un ou plusieurs de ses cohéritiers seulement : en pareil cas, ils n'auraient qu'une simple action en dommages-intérêts à exercer contre ceux des cohéritiers qui ont participé à la fraude [34].

Les mêmes propositions s'appliquent au partage d'une communauté entre époux [35], et à celui de l'actif d'une société [36].

Du reste, l'action paulienne est ouverte contre toute espèce d'actes faits par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers. Elle peut même être formée contre les jugements que le débiteur aurait, par suite d'une collusion frauduleuse avec des tiers, laissé prononcer à leur profit, et elle s'exerce alors par voie de tierce opposition [37].

3° *Des effets de l'admission de l'action paulienne.*

L'admission de l'action paulienne contre un acte d'aliénation, tout en opérant révocation de cet acte, ne fait pas rentrer dans le patrimoine du débiteur, les biens par lui aliénés ; elle a seulement

[33] Cpr. L. 3, *præ., hoc tit.* ; L. 1, §§ 2 et 5, D. *de separat.* (42, 6). Demolombe, XXV, 224. Voy. aussi sur l'acceptation d'une succession obérée : § 611, texte n° 4.

[34] Cpr. pour le développement de ces propositions : § 626, texte n° 3.

[35] Cpr. § 519, texte et note 18.

[36] Cpr. § 385, texte *in fine*.

[37] Cpr. Code de procédure, art. 474 et suiv. Proudhon, *op. cit.*, V, 2366. Capmas, n° 66. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, IV. Demolombe, XXV, 157. Aix, 4 juillet 1809, Sir., 12, 2, 31. Paris, 30 juillet 1829, Sir., 30, 2, 101. Bastia, 8 décembre 1834, Dalloz, 1835, 2, 12. Paris, 24 décembre 1849, Sir., 49, 2, 227. Rennes, 9 avril 1851, Sir., 52, 2, 261. Cpr. Req. rej., 8 juillet 1850, Sir., 51, 1, 38.

pour effet de rendre possible l'exercice du droit de gage établi par l'art. 2092, en levant l'obstacle qui s'opposait à la saisie et à la vente de ces biens sur le tiers défendeur[38].

Quoique l'action paulienne, dirigée contre un acte d'aliénation, diffère essentiellement de la revendication, quant à son fondement et quant à son objet, elle est cependant, en ce qui concerne les fruits perçus par le défendeur, les améliorations qu'il a faites, ou les dégradations qu'il a commises, régie par des règles analogues à celles qui sont admises en matière de revendication. C'est ainsi que ce dernier est tenu de faire état des fruits qu'il a recueillis, à moins qu'il ne les ait perçus de bonne foi[39].

Du reste, si, en exécution de l'acte révoqué, le défendeur avait fait des paiements à des créanciers antérieurs à cet acte, il devrait lui en être tenu compte, dans la mesure de l'avantage qui en serait résulté pour les créanciers non payés[40].

D'après les principes sur l'autorité de la chose jugée, les créanciers qui sont restés étrangers au jugement de révocation ne sont admis à en invoquer les effets, ni contre le tiers défendeur, ni même contre le créancier demandeur.

De là résultent les conséquences suivantes :

a. Les créanciers qui n'ont pas figuré au jugement de révocation sont sans qualité pour poursuivre, en vertu de ce jugement, la saisie et la vente des biens aliénés par le débiteur[41].

[38] Art. 788, et arg. de cet article. Par cela même que l'action paulienne n'est point une action en nullité, et que, malgré son admission, l'acte révoqué, dans l'intérêt des créanciers seulement, n'en continue pas moins de produire ses effets entre les parties, il est impossible d'admettre que le jugement de révocation opère le rétablissement effectif des biens aliénés dans le patrimoine du débiteur. Capmas, n° 85. Larombière, I, art. 1167, n° 62. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, XIII. Demolombe, XXV, 245 à 247. Req. rej., 27 décembre 1843, Sir., 44, 1, 122. Voy. en sens contraire : Duranton, X, 574 ; Marcadé, sur l'art. 1167, n° 6 ; Taulier, IV, p. 312 ; Solon, *Des nullités*, II, 460 : Pont, *Des priviléges et des hypothèques*, n° 18.

[39] Larombière, I, art. 1167, n° 40. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, XI. Cpr. Proudhon, *op. cit.*, V, 2414 ; Demolombe, XXV, 249 à 261.

[40] Larombière, art. 1167, n° 59. Cpr. LL. 7 et 8, D. *hoc cit.*

[41] Notre manière de voir sur ce point et sur les suivants a été complétement adoptée par M. Demolombe (XXV, 263 à 268). Voy. en sens contraire : Larombière, I, art. 1167, n° 62 ; Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, XIII et XIV. Ces auteurs admettent que le jugement de révocation, prononcé à la demande d'un seul des créanciers, doit profiter à tous les autres, même au regard du tiers

b. Le tiers défendeur peut, non-seulement arrêter l'exécution du jugement de révocation en désintéressant le créancier demandeur ; il est même en droit, lorsque cette exécution a abouti à la vente des biens aliénés, de retenir, après paiement de ce dernier, le reliquat du produit de la vente, sans que les autres créanciers soient admis à frapper ce reliquat de saisie-arrêt entre ses mains.

c. Lorsqu'un ordre ou une distribution vient à s'ouvrir pour la répartition du produit des biens revendus sur le tiers défendeur, les créanciers chirographaires, même antérieurs à l'acte révoqué, qui seraient restés jusque-là dans l'inaction ne sauraient être admis à y réclamer aucune collocation au préjudice du créancier deman-

contre lequel il a été rendu ; de telle sorte que tout créancier antérieur à l'acte révoqué serait autorisé à exercer ses poursuites sur les biens qui en formaient l'objet, sans que ce tiers fût en droit de lui opposer la règle *Res inter alios judicata tertio nec nocere, nec prodesse potest.* Nous ne saurions adopter cette opinion, qui conduirait logiquement à la conséquence que le défendeur contre lequel l'action paulienne a été admise, ne peut faire tomber le jugement de révocation en désintéressant le créancier qui l'a obtenu. En vain dit-on que ce créancier doit être considéré comme ayant été le représentant ou le gérant d'affaires de tous les autres. Cette thèse, qui pourrait, sans doute, se soutenir, si l'admission de l'action paulienne devait avoir pour effet de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur les biens aliénés par ce dernier, qui tomberaient alors, au profit de tous les créanciers indistinctement, sous l'application de l'art 2092, nous paraît manquer de toute base légale dans le système, admis avec nous par MM. Larombière et Colmet de Santerre, d'après lequel le jugement de révocation n'a d'autre effet que de rendre saisissables les biens aliénés par le débiteur. Comme ce résultat peut exister ou se produire à l'égard d'un créancier seulement, sans être nécessairement commun à tous les autres, il n'y a aucun motif pour s'écarter, au point de vue qui nous occupe, des règles ordinaires sur l'autorité de la chose jugée.

[42] Cette proposition et la précédente se trouvent déjà justifiées par les raisons développées à la note 41. Vainement objecte-t-on que le droit de gage, restauré par l'effet de l'action paulienne, étant, d'après l'art. 2093, un droit commun à tous les créanciers, doit revivre au profit de tous, sans que celui qui a formé cette action soit autorisé à s'attribuer exclusivement le bénéfice résultant de son admission. Il en serait sans doute ainsi, si, comme dans le cas prévu par l'art. 1166, il s'agissait de biens qui se trouvassent encore dans le patrimoine du débiteur, ou si, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1167, les biens aliénés par le débiteur rentraient effectivement dans son patrimoine. Mais comme l'admission de l'action paulienne a seulement pour effet de rendre ces biens saisissables sur le tiers défendeur, sans les réintégrer dans le patrimoine du débiteur, l'art. 2093 reste, tout aussi bien que l'art. 2092, sans application à la question, qui doit

deur[42]. A plus forte raison, en est-il ainsi des créanciers postérieurs à l'acte révoqué[43].

Le seul moyen pour les créanciers chirographaires, antérieurs à l'acte révoqué, de sauvegarder leurs intérêts, est de former à leur tour l'action paulienne, que du reste ils sont autorisés à introduire, tant que le prix des biens aliénés n'a pas été distribué ou définitivement attribué au créancier demandeur.

4° *De l'extinction de l'action paulienne.*

L'action paulienne ne se prescrit que par trente ans qu'elle soit dirigée contre les ayants cause immédiats du débiteur, ou contre des sous-acquéreurs. Art. 2262. On doit considérer comme étrangères à cette matière, et la prescription extinctive de l'art. 1304[44],

uniquement se décider par les principes sur l'autorité de la chose jugée. Il est d'ailleurs inexact de dire que l'action paulienne fait revivre le droit de gage établi par l'art. 2092, puisque c'est précisément en vertu de ce droit, toujours subsistant dans l'hypothèse prévue par l'art. 1167, que cette action est formée. Et, si ce droit appartient sans contredit à tous les créanciers antérieurs à l'acte révoqué, ce n'est pas une raison pour en conclure que l'effet utile qui s'y trouve attaché, puisse être invoqué par ceux mêmes d'entre eux qui n'auraient pas rempli les conditions auxquelles son exercice est subordonné. Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Larombière et Colmet de Santerre, *locc. citt.*

[43] Sur ce point, M. Larombière (*loc. cit.*) se sépare de M. Colmet de Santerre (V, 82 *bis*, XV), et reconnaît, avec nous, que les créanciers postérieurs à l'acte révoqué ne sauraient avoir de réclamation à former sur le produit de biens qui n'ont jamais été leur gage. En soutenant le contraire, M. Colmet de Santerre est plus d'accord avec lui-même. Mais la conséquence extrême, contraire à tous les principes de justice et d'équité, à laquelle son système le conduit, est une nouvelle preuve de l'inexactitude de ce système. Voy. dans le sens de notre opinion : Capmas, n° 85 ; Chardon, *Du dol et de la fraude*, II, 289 ; Demolombe, XXV, 267. Voy. en sens contraire : Duranton, X, 574 ; Marcadé, sur l'art. 1167, n° 8 ; Taulier, VI, p. 312 ; Solon, *Des nullités*, II, 460 ; Pont, *Des privilèges et des hypothèques*, n° 18.

[44] L'art. 1304 ne concerne que les actions en nullité ou en rescision proprement dites, et ne s'applique qu'aux actions en nullité ouvertes aux parties elles-mêmes. Or, l'action paulienne n'est point une action en nullité, et c'est un tiers qui la forme en son propre nom ; elle se trouve donc, par une double raison, soustraite à la prescription établie par l'art. 1304. Proudhon, *op. cit.*, V, 2401 et suiv. Capmas, n° 79. Marcadé, sur l'art. 1167, n° 7. Larombière, I, art. 1167, n° 54. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, XVII. Demolombe, XXV, 241 et 242.

et la prescription acquisitive établie par l'article 2265[45].

Du reste, la prescription de trente ans court toujours à partir de la date de l'acte attaqué, quelle que soit l'époque à laquelle le créancier a obtenu connaissance de la fraude[46].

En vertu d'une exception toute spéciale à la séparation de biens, les créanciers du mari ne peuvent plus se pourvoir, par tierce opposition, contre la séparation de biens prononcée en fraude de leurs droits, lorsque les formalités prescrites pour la publicité de la demande et du jugement de séparation ont été remplies, et qu'il s'est écoulé une année depuis les insertions et expositions ordonnées par les art. 1445 du Code Napoléon et 872 du Code de procédure[47].

Zachariæ, § 313, texte et note 11; § 337, texte et note 5. Paris, 11 juillet 1829, Sir., 30, 2, 16. Req. rej., 24 mars 1830, Dalloz, 1830, 1, 180. Toulouse, 15 janvier 1834, Sir., 34, 2, 298. Riom, 3 août 1840, Sir., 41, 2, 16. Bordeaux, 6 avril 1843, Sir., 43, 2, 422. Civ. rej., 9 janvier 1865, Sir., 65, 1, 65. Voy. en sens contraire : Duranton, X, 585; Vazeille, *Des prescriptions*, II, 534; Taulier, IV, p. 314; Colmar, 17 février 1830, Sir., 31, 2. Cpr. Toullier, VI, 356; Req. rej., 5 janvier 1830, Sir., 30, 1, 105.

[45] L'art. 2265 est uniquement relatif aux rapports du légitime propriétaire et du tiers contre lequel il dirige une action en revendication. Cet article ne peut donc trouver application en matière d'action paulienne, puisque cette action est toujours fondée sur un rapport d'obligation personnelle, existant entre celui qui l'intente et celui contre lequel elle est formée. Cette observation n'est pas sans intérêt; elle conduit à la conséquence, qu'un sous-acquéreur à titre gratuit ne peut, malgré son juste titre et sa bonne foi, se prévaloir de l'usucapion par dix à vingt ans. Colmet de Santerre, V, 82 *bis*, XVII à XIX. Demolombe, XXV, 243 et 244. Riom, 3 août 1840, Sir., 41, 2, 16. Civ. rej., 9 janvier 1865, Sir., 65, 1, 65. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2405 et 2406; Larombière, I, art. 1167, n° 54; Zachariæ, § 313, texte *in fine*.

[46] La difficulté que fait naître le rapprochement des art. 1304 et 2262, ne peut se présenter en matière d'action paulienne, puisque la prescription de cette action, à laquelle l'art. 1304 reste complétement étranger, est exclusivement régie par l'art. 2262, pour l'application duquel il a toujours été admis que la prescription commence à courir du jour où l'action est légalement ouverte. Capmas, n° 80.

[47] L'art. 1447, en donnant aux créanciers du mari le droit de se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits, n'avait apporté aucune modification aux règles générales sur l'exercice de l'action paulienne. Ces règles n'ont été modifiées que par l'art. 873 du Code de procédure, qui a restreint à une année la durée de l'action des créanciers. Cpr. § 516, texte n° 4.

5° Des actions en nullité ouvertes par les art. 446 et suiv. du Code de commerce, et des actions en déclaration de simulation frauduleuse.

Les art. 446 et suivants du Code de commerce renferment des règles spéciales sur le sort des actes passés par le failli, soit après la cessation de ses paiements, soit dans les dix jours qui l'ont précédée. L'action en nullité ouverte par ces articles est d'une nature toute particulière, et diffère, sous plusieurs rapports, de l'action paulienne ordinaire. Comme l'explication des articles précités ne rentre pas dans le plan de cet ouvrage, nous devons nous borner à rappeler que les dispositions exceptionnelles concernant le commerçant failli ne peuvent, en général, être appliquées au débiteur non commerçant qui tombe en déconfiture [48].

D'un autre côté, il ne faut pas confondre avec l'action paulienne, la demande qui aurait pour objet de faire déclarer fictifs ou non sérieux, soit dans leur ensemble, soit pour certaines parties, des actes juridiques dont l'exécution serait de nature à préjudicier aux droits des créanciers. Une pareille demande peut, à la différence de l'action paulienne proprement dite, être formée par les créanciers même postérieurs aux actes qu'ils entendent attaquer, et sans qu'ils aient à justifier que ces actes ont amené ou aggravé l'insolvabilité du débiteur. Si ce dernier, par exemple, avait souscrit un bail par lequel il se serait fictivement engagé à payer un loyer supérieur à la somme réellement stipulée, les créanciers, même postérieurs à ce bail, seraient admis à l'attaquer, pour faire restreindre le privilége du bailleur au montant du loyer à lui dû [49].

48 Cpr. § 20, texte et note 3 ; § 582, texte et note 6.

49 Merlin, *Rép.*, v° Simulation, § 11. Larombière, I, art. 1167, n° 63. Demolombe, XXV, 235 et 236. Req. rej., 20 mars 1832, Sir., 32, 1, 442. Bordeaux, 20 juillet 1848, Sir., 49, 2, 157. Civ. cass., 2 février 1852, Sir., 52, 1, 234. Req. rej., 25 juillet 1864, Sir., 64, 1, 452. Voy. en sens contraire : Toulouse, 1er décembre 1838, Sir., 38, 2, 500 ; Nîmes, 18 décembre 1849, Sir., 50, 2, 164. Dans ces deux derniers arrêt, qui ont rejeté les actions dirigées contre des actes attaqués comme simulés, par le motif qu'ils étaient antérieurs aux titres de créances des demandeurs, on n'a pas tenu compte des différences profondes qui existent entre des actes entachés d'une simulation frauduleuse et des actes réels et sérieux faits en fraude des créanciers.

CHAPITRE IV.

Des différentes manières dont les obligations s'éteignent.

§ 314.

Généralités.

Les obligations s'éteignent (art. 1234) :

1° Par le paiement ; 2° par la remise volontaire de la dette ; 3° par la novation ; 4° par la compensation ; 5° par la confusion ; 6° par la survenance d'un empêchement qui rend impossible l'accomplissement de l'obligation ; 7° par la nullité ou la rescision prononcée en justice ; 8° par l'effet de la condition résolutoire ; 9° par l'expiration du temps pour lequel l'obligation a été formée[1].

Les obligations ne s'éteignent ni par la mort du créancier, ni par celle du débiteur[2], à moins qu'il n'en soit ainsi en vertu d'une exception établie par la loi[3], ou par le titre de l'obligation[4].

Quant à la prescription, elle forme bien obstacle à ce que le créancier puisse efficacement poursuivre l'exécution de l'obligation, mais elle ne l'éteint pas en elle-même[5].

I. DU PAIEMENT.

§ 315.

Le paiement est l'accomplissement de la prestation qui forme la matière de l'obligation[1]. *Solutio est præstatio ejus quod in*

[1] Cpr. sur ces deux derniers modes d'extinction : § 302, texte n° 4, lett. *b* ; Pothier, n°s 671 et 672.

[2] Les obligations passent en effet, tant activement que passivement, aux héritiers du créancier et du débiteur. Art. 724 et 1122. Pothier, n° 673.

[3] Voy. par exemple, art. 419 et 957, al. 2. Cpr. aussi : art. 1865, n° 3, cbn. 1868 ; 1795 ; 2003 cbn. 2010 ; et § 348.

[4] Ainsi, par exemple, la rente viagère s'éteint par la mort du créancier. Art. 1968 et suiv. Voy. aussi : art. 1879, al. 2. Cpr. Pothier, n°s 674 et suiv.

[5] La disposition de l'art. 1234, qui range la prescription parmi les modes d'extinction des obligations, n'est pas exacte. La prescription n'agit que sur le droit d'action, et non sur la créance elle-même. C'est ce qui ressort bien nettement de l'art. 2262. Pothier, n° 677. Cpr. § 775.

[1] Dans son acception restreinte, ce mot s'applique spécialement à la prestation de sommes d'argent. Le paiement dans les obligations de donner, se nomme plus particulièrement délivrance. Cpr. art. 1604 et suiv.

obligatione est. Tout paiement suppose donc une dette; et celui qui a payé ce qu'il ne devait pas, peut le répéter[2]. Art. 1235, al. 1.

Lorsque le créancier reçoit son paiement d'une tierce personne, qui se trouve, par l'effet de la loi ou de la convention, substituée à ses droits, ce paiement qui opère plutôt une mutation de créancier que l'extinction de l'obligation, est appelé paiement avec subrogation.

Si le créancier refuse de recevoir le paiement de ce qui lui est dû, la libération du débiteur peut s'opérer au moyen d'une consignation précédée d'offres réelles[3].

A. *Du paiement proprement dit.*

§ 316.

1. *Des conditions de la validité du paiement.* — a. *Des personnes qui peuvent faire le paiement.*

Le paiement peut être fait par le débiteur, ou par un tiers intéressé à l'extinction de l'obligation, ou même par un tiers non intéressé à cette extinction, agissant soit au nom du débiteur, comme mandataire ou gérant d'affaires de ce dernier, soit en son propre nom[1].

Le créancier ne peut, en général, refuser le paiement offert par un tiers, intéressé ou non à l'extinction de l'obligation[2]. Il

[2] Voy. cep. art. 1235, al. 2, et § 297. Cpr. sur la répétition de l'indû : art. 1376 à 1381, et § 442.

[3] A l'exemple du Code Napoléon, nous traiterons du paiement avec subrogation, ainsi que des offres réelles et de la consignation, après nous être occupés du paiement proprement dit.

[1] Il en résulte que le paiement peut avoir lieu à l'insu du débiteur.—Peut-il aussi être effectué contre sa volonté? Cpr. L. 53, D. *de solut.* (46, 3); L. ult. C. *de neg. gest.* (2, 19); § 441; Toullier, VII, 10 et 12; Duranton, XII, 18 et 19; Colmet de Santerre, V, 175 *bis*, X et XI.

[2] Plusieurs auteurs prétendent que le créancier peut refuser le paiement offert par un tiers non intéressé, toutes les fois que ce paiement ne procure aucun avantage réel au débiteur. Cpr. Pothier, n° 500; Delvincourt, II, p. 539; Toullier, VII, 11; Zachariæ, § 316, note 2. Nous ne pouvons admettre cette distinction, contraire à la généralité des termes de l'art. 1236 et que repoussent aussi MM. Duranton (XII, 16) et Larombière (III, art. 1236, n° 3).

n'y est autorisé que par exception[3], dans le cas où il s'agit d'une obligation de faire, qu'il a intérêt à voir accomplir par le débiteur lui-même[4]. Art. 1237[5]. Du reste, le tiers non intéressé qui offre le paiement, ne peut exiger que le créancier le subroge à ses droits[6]. Art. 1236.

Le paiement fait par un tiers, et accepté par le créancier, éteint définitivement l'obligation, comme celui qui aurait été effectué par le débiteur lui-même[7], à moins que ce tiers n'ait été légalement[8] ou conventionnellement[9], subrogé aux droits du créancier. Dans cette dernière hypothèse, le débiteur est bien libéré envers l'an-

[3] L'exception consacrée par l'art. 1237 s'applique même au paiement qui serait offert par un tiers intéressé, par exemple, par une caution. Duranton, XII, 21. Colmet de Santerre, V, 176 *bis*, II.

[4] C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un ouvrage d'art. L. 31, D. *de solut.* (46, 3). Colmet de Santerre, V, 176 *bis*, I.

[5] L'art. 1237 devrait même être étendu aux obligations de donner, si le paiement offert par le tiers était de nature à porter atteinte aux intérêts du créancier. Zachariæ, § 316, note 3. Paris, 13 mai 1814, Sir., 15, 2, 235.

[6] Décider le contraire, ce serait reconnaître au tiers la faculté de contraindre le créancier à lui céder ses droits et actions. Or, nul n'est tenu de céder ce qui lui appartient, si ce n'est dans les cas prévus par la loi. Les expressions de l'art. 1236, *ou que, s'il agit en son propre nom, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*, nous paraissent avoir eu pour objet de consacrer ce principe, et d'exprimer, d'un autre côté, que le paiement fait avec subrogation opère plutôt un changement de créancier qu'une véritable extinction de l'obligation. Cpr. *Observations du Tribunat*, *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, *Rapport au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 272, n° 38, p. 365, n° 115, p. 461, n° 6) ; Toullier, VII, 9 ; Duranton, XII, 15 ; Larombière, III, art. 1238, n° 8 ; Colmet de Santerre, V, 175 *bis*, VII à IX ; Zachariæ, § 316, texte et note 2.

[7] Le recours dont jouit, s'il y a lieu, le tiers qui a effectué le paiement, prend sa source dans une nouvelle obligation, entièrement distincte de l'ancienne, qui se trouve définitivement éteinte. Cpr. art. 1375.

[8] Cpr. sur les cas dans lesquels le tiers, intéressé ou non intéressé à l'extinction de la dette, est légalement subrogé aux droits du créancier : art. 874, 1251, 2029 ; Code de commerce, art. 159.

[9] Quel que soit le sens des dernières expressions de l'art. 1236, « *ou que, s'il agit en son propre nom, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier,* » il est généralement reconnu qu'elles n'ont pas pour but d'interdire au créancier la faculté de subroger dans ses droits le tiers dont il reçoit son paiement, faculté que lui reconnaît formellement l'art. 1250, n° 1. Voy. aussi : art. 1692 et 2112. Cpr. note 6 *supra*.

cien créancier; mais l'obligation n'en continue pas moins de subsister au profit du tiers qui lui est subrogé. Art. 1236.

Le Code Napoléon requiert, pour la validité du paiement, effectué par le débiteur ou par un tiers, que la personne qui le fait soit capable d'aliéner des objets de la nature de celui qu'elle livre en paiement, et qu'elle ait, comme propriétaire ou comme représentant du propriétaire, le droit de disposer de cet objet. Art. 1238, al. 1.

Cette règle, énoncée d'une manière absolue, repose sur l'idée que tout paiement est un acte d'aliénation. Or, cela est inexact en général, et n'est vrai, même au cas particulier où l'obligation se lie à une transmission de propriété[10], que dans les hypothèses exceptionnelles suivantes : lorsque l'objet à payer n'est, d'après l'obligation, déterminé que quant à son espèce; lorsque le paiement est effectué par un tiers; ou, enfin, lorsqu'il s'opère au moyen de la livraison d'une chose différente de celle qui fait la matière de l'obligation[11].

C'est donc à ces seules hypothèses que peut s'appliquer l'art. 1238. Encore, cette application fait-elle naître plusieurs difficultés, pour la solution desquelles il faut distinguer, entre le paiement effectué par un incapable, et celui qui a été fait par une personne qui n'avait pas le droit de disposer de l'objet donné en paiement.

α. Lorsqu'un paiement, qui emporte aliénation, a été fait par un incapable, la question de savoir si ce paiement peut donner lieu, soit à une demande en répétition de la part de celui qui l'a effectué, soit à une action en nullité de la part de celui auquel il a été fait, doit être décidée d'après les dispositions qui règlent,

[10] D'après les principes du Droit romain, le paiement fait en vertu d'une convention ayant pour objet une transmission de propriété, constitue un acte d'aliénation : *solvere est alienare*. Il n'en est pas de même en Droit français, puisque la propriété se transmet par l'effet seul de la convention, indépendamment de toute tradition. Art. 711, 1138, 1583. Cpr. §§ 174 et 207. C'est donc à tort que Bigot-Préameneu dit, d'une manière absolue, dans l'*Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, XII, p. 365, n° 116), que le *paiement est un transport de propriété*. Delvincourt, II, p. 539. Toullier, VII, n° 7. Duranton, XII, 26 et 27. Larombière, III, art. 1238, n°s 1 à 3. Colmet de Santerre, V, 177 à 177 *bis*, II. Zachariæ, § 316, note 9.

[11] C'est ce qu'on appelle une dation en paiement. *Datio in solutum*. Cpr. § 318, note 1.

en général, le sort des aliénations faites par des incapables, et qui seront exposées dans la théorie des actions en nullité et en rescision[12].

Toutefois, l'action en répétition, qui serait recevable d'après ces dispositions, cesse de l'être, en vertu d'une exception spécialement établie par le second alinéa de l'art. 1238, dans le cas où le créancier a consommé de bonne foi la chose donnée en paiement[13].

Quant au paiement effectué en exécution, soit d'une obligation qui ne se lie à aucune transmission de propriété, soit d'une convention ou disposition qui avait par elle-même transféré au créancier la propriété de l'objet payé, il ne peut être critiqué sous le prétexte de l'incapacité de celui qui l'a fait[14], à moins que l'incapable n'ait eu, pour le refuser, des exceptions auxquelles il ne lui était pas permis de renoncer[15]. Dans ce cas, c'est d'après les règles qui déterminent les effets de son incapacité par rapport à

[12] Le premier alinéa de l'art. 1238, en disant que, pour payer valablement, il faut être capable d'aliéner l'objet donné en paiement, pose un principe dont il ne détermine pas les conséquences, puisqu'il ne dit pas ce que deviendra le paiement fait par l'incapable. C'est dans les dispositions qui statuent sur les aliénations faites par des incapables, qu'il faut chercher la solution de la question dont s'agit. Cpr. §§ 332 et suiv.

[13] Cette exception ayant uniquement pour objet de couvrir le vice résultant de ce que le paiement a été fait par un incapable, il s'ensuit que le créancier ne peut se prévaloir des circonstances indiquées au second alinéa de l'art. 1238, lorsque l'action en répétition est fondée sur ce que l'incapable aurait eu, pour refuser le paiement, des moyens auxquels son incapacité ne lui permettait pas de renoncer. Dans ce cas, en effet, il s'agit moins d'examiner, si celui qui a fait le paiement était capable de le faire, que de savoir s'il était capable, en exécutant l'obligation, de renoncer aux exceptions existant en sa faveur. L'opinion contraire ne pourrait se concilier avec les dispositions de l'art. 1338. Cpr. Duranton, XII, 29, et note 15 *infra*.

[14] Ainsi, lorsqu'une femme mariée livre, sans autorisation de son mari, un immeuble qu'elle a vendu avec le consentement de ce dernier, la délivrance ne peut être attaquée sous le seul prétexte de l'incapacité de la femme. Cpr. note 10 *supra*.

[15] Si l'obligation, en vertu de laquelle le paiement a été effectué, est nulle ou sujette à rescision, l'incapable est autorisé à répéter ce qu'il a payé : il n'a pu confirmer l'obligation en l'exécutant, puisque l'exécution volontaire n'emporte confirmation, que lorsqu'elle est faite en temps de capacité. Art. 1338, al. 2 et 3. L'incapable peut également se faire restituer contre le paiement d'une obligation prescrite. Art. 2222. Larombière, III, art. 1238, n° 15.

cette renonciation, et uniquement d'après ces règles, que le paiement doit être apprécié, et qu'il faut décider s'il est ou non sujet à répétition.

β. Lorsqu'un paiement, a été fait, avec la chose d'autrui, par une personne d'ailleurs capable d'aliéner, cette personne est, sauf au cas exceptionnel prévu par le second alinéa de l'art. 1238, admise à en provoquer la nullité et à répéter ce qu'elle a livré, mais à la condition bien entendu d'offrir un autre paiement[16]. Art. 1238, al. 1.

Le créancier peut aussi tant qu'il a quelque éviction à craindre[17], faire déclarer la nullité du paiement et en exiger un nouveau[18]. Il peut, à plus forte raison, lorsqu'il a été troublé ou évincé par le véritable propriétaire de la chose donnée en paiement, exercer son recours en garantie contre qui de droit.

L'action en revendication, compétant au véritable propriétaire de la chose donnée en paiement, est régie par les principes généraux exposés aux §§ 183 et 219[19]. Ainsi, lorsque la chose donnée en paiement est une chose mobilière corporelle, la revendication n'en est admise que dans les cas exceptionnels où cesse l'application de la maxime : *En faits de meubles, possession vaut titre.*

[16] Zachariæ (§ 316, texte et note 10), dont nous avions d'abord suivi l'opinion, refuse au débiteur, qui a fait un paiement avec la chose d'autrui, le droit de revenir contre ce paiement. Mais, en invoquant, à l'appui de son opinion, la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio,* cet auteur a oublié qu'il s'agit ici d'une disposition spéciale au paiement, fondée sur cette idée, que si le créancier a incontestablement le droit de rendre la chose qu'il a reçue et de demander un autre paiement, le débiteur, de son côté, doit avoir les moyens de se libérer valablement, et par suite être admis à réclamer la restitution de la chose d'autrui qu'il a injustement livrée, pour offrir à sa place une chose qui lui appartienne. Aussi le second alinéa de l'art. 1238 qui refuse exceptionnellement au débiteur le droit de répétition, lorsque la chose a été consommée de bonne foi par le créancier, applique-t-il cette exception au paiement fait avec la chose d'autrui, comme au paiement fait par un incapable, et donne-t-il ainsi clairement à entendre qu'en règle le droit de répétition compète au débiteur, dans la première hypothèse de même que dans la seconde. Colmet de Santerre, V, 177 *bis*, VI et IX.

[17] L'action en nullité du paiement ne serait donc plus recevable, si le créancier avait usucapé l'immeuble qui lui a été donné en paiement. Delvincourt, II, p. 540. Duranton, XII, 31. Zachariæ, § 316, texte *in fine*. Voy. cep. Marcadé, sur l'art. 1238, n° 2 ; Colmet de Santerre, V, 177 *bis*, XII et XIII.

[18] Cpr. art. 1599 ; § 351, texte n° 3.

[19] Zachariæ, § 316, note 11.

§ 317.

b. *Des personnes auxquelles le paiement peut être fait.*

Considéré par rapport à la personne à laquelle il est fait, le paiement n'est valable que moyennant le concours des conditions suivantes :

1° Le paiement doit être fait, soit au créancier lui-même, ou à la personne chargée de le recevoir au nom de ce dernier, en vertu d'un mandat conventionnel, légal[1], ou judiciaire[2], soit au tiers autorisé à le réclamer en vertu d'un jugement[3], ou d'une convention intervenue entre le créancier et le débiteur. Art. 1239, al. 1.

Un mandat conçu en termes généraux est suffisant pour donner au mandataire le pouvoir de toucher[4].

Le mandat à cet effet peut même n'être que tacite[5]. C'est ainsi que l'huissier, porteur d'un acte exécutoire, dont il est chargé de poursuivre l'exécution, ou d'un effet à ordre, qu'il a reçu mission de protester, a qualité pour recevoir le paiement au nom du créancier[6]. C'est ainsi encore que le notaire, rédacteur d'un acte portant que le paiement sera effectué dans son étude, peut, suivant les circonstances, être considéré comme ayant reçu pouvoir de toucher[7]. Enfin, les clercs d'officiers ministériels, qui reçoivent

[1] Au nombre des mandataires légaux se trouvent, par exemple : les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (art. 134) ; les tuteurs (art. 450 et 509).

[2] Parmi les mandataires judiciaires il faut ranger, par exemple, le curateur donné à l'absent en vertu de l'art. 112, et l'administrateur provisoire nommé conformément à l'art. 497.

[3] Tel est, par exemple, le tiers saisissant qui a obtenu un jugement de main-vidange. Cpr. Turin, 15 juillet 1809, Sir., 10, 2, 279.

[4] Art. 1988. L. 12, D. *de solut.* (46, 3). Pothier, n° 513. Toullier, VII, 20. Duranton, XII, 47. Zachariæ, § 317, texte et note 1re.

[5] Pothier, *loc. cit.* Toullier, *loc. cit.* Duranton, XII, 49 et suiv.

[6] Duranton, XII, 50, et XVIII, 222. Req. rej., 3 août 1840, Sir., 40, 1, 924. Req. rej., 14 mars 1849, Sir., 49, 1, 503. — Il en serait autrement de l'huissier auquel aurait été remis un billet sous seing privé, à l'effet d'assigner le débiteur. Duranton, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 20 ; Larombière, III, art. 1239.

[7] Civ. rej., 12 mars 1844, Sir., 44, 1, 321. Douai, 29 décembre 1862, Sir., 64, 2, 260. Cpr. Metz, 23 février 1864, Sir., 64, 2, 260. Mais en principe, et en l'absence de circonstances particulières, cette clause seule est insuffisante

habituellement les sommes versées ou déposées en l'étude de leur principal, peuvent être réputés mandataires de ce dernier[8].

Le paiement fait au porteur de faux pouvoirs, ne libère pas le débiteur, du moins en thèse générale[9].

Lorsque, par une convention intervenue entre le créancier et le débiteur, un tiers se trouve indiqué pour recevoir le paiement (*adjectus solutionis gratia*), cette indication ne peut, en général, être révoquée sans le consentement de la partie dans l'intérêt de laquelle elle a été faite, de sorte que si l'indication avait eu lieu dans l'intérêt du débiteur, celui-ci conserverait, malgré la révocation faite sans son consentement, la faculté de se libérer entre les mains de ce tiers[10].

Le paiement fait à une personne qui l'a reçu pour le compte du créancier, sans y être autorisée, devient valable, lorsque ce dernier le ratifie[11]. Art. 1239, al. 2. Un pareil paiement est aussi exceptionnellement valable, lorsque le débiteur prouve que le créancier en a profité, par exemple, qu'il a été fait en extinction d'une dette que celui-ci avait intérêt à acquitter, préférablement à toutes autres[12]. Art. 1239, al. 2.

D'un autre côté, le paiement fait de bonne foi, même avant l'échéance, à la personne qui est en possession de la créance[13],

pour faire considérer le notaire comme revêtu du mandat tacite de toucher. Duranton, XII, 49 *bis*. Larombière, III, art. 1239, n° 10. Civ. cass., 23 juillet 1828, Sir., 28, 1, 308. Civ. cass., 23 novembre 1830, Sir., 31, 1, 153. Civ. cass., 21 novembre 1836. Sir., 36, 1, 892. Douai, 29 novembre 1849, Sir., 50, 2, 223. Bordeaux, 11 juillet 1859, Sir., 60, 2, 92. Lyon, 16 février 1860. Sir., 61, 2, 607. Douai, 29 novembre 1862, et Metz, 23 février 1864, Sir., 64, 2, 260 et 261.

[8] Req. rej., 2 décembre 1824, Sir., 25, 1, 194. Req. rej., 4 août 1835, Sir., 36, 1, 388.

[9] Cpr. L. 34, D. *de solut.* (46, 3). Pothier, n° 510. Toullier, VII, 19. Duranton, XII, 48. Larombière, III, art. 1239, n° 16. Colmet de Santerre, V, 178 *bis*, II.

[10] Pothier, n°s 480 et suiv. Duranton, XII, 53 et suiv. Larombière, III, art. 1239, n° 9. Cpr. Bordeaux, 9 mai 1832, Sir., 32, 2, 401.

[11] *Ratihabitio mandato æquiparatur*. Req. rej., 9 novembre 1831, Sir., 32, 1, 5.

[12] *Discussion au Conseil d'État* sur l'art. 1239 (Locré, *Lég.*, XII, p. 167 et suiv., n°s 42, 43 et 44). Zachariæ, § 317, texte et note 4.

[13] Le possesseur de l'acte instrumentaire constatant l'existence d'une créance ne peut, à raison de cette seule circonstance, être considéré comme étant en possession de celle-ci, à moins qu'il ne s'agisse d'effets au porteur.

est valable, encore que celle-ci en soit par la suite évincée. Art. 1240. Tel est le cas où le paiement est fait à un héritier apparent, qui ultérieurement s'est trouvé exclu de l'hérédité par un héritier plus proche[14].

Mais le paiement fait au porteur d'un faux acte de cession, ne saurait être considéré comme fait au possesseur de la créance, et ne libérerait pas le débiteur, à moins que ce dernier n'eût été induit en erreur par quelque négligence ou imprudence imputable au créancier[15]. Cette règle reçoit cependant exception en matière d'effets négociables par la voie de l'endossement : le paiement fait de bonne foi à celui qui se trouve être porteur d'un pareil effet par suite d'un faux endossement, est valable, pourvu qu'il ait eu lieu à l'échéance[16].

2° Le créancier doit être personnellement capable de recevoir le paiement[17]. Néanmoins, le paiement fait à un incapable ne peut plus être argué de nullité, lorsque le créancier l'a confirmé après être devenu capable de le recevoir, ou lorsque le débiteur prouve qu'il a tourné au profit du créancier[18]. Art. 1338, 1241 et 1312.

3° Le paiement fait au préjudice d'une saisie-arrêt, régulièrement formée entre les mains du débiteur, n'est point valable à

[14] *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Rapport fait au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 366, n° 118, et p. 463, n° 12). Pothier, n° 503. Toullier, VII, 26 et 27. Duranton, XII, n°s 69 et 70. Colmet de Santerre, V, 179 *bis*, I et II, Zachariæ, § 317, texte et note 5. Paris, 23 juillet 1831. Sir., 31, 2, 299. Req. rej., 9 novembre 1831, Sir., 32, 1, 5. Colmar, 18 janvier 1850, Sir., 51, 2, 533. Cpr. Paris, 31 mai 1813, Sir., 14, 2, 264 ; Req. rej., 27 janvier 1862, Sir., 62, 1, 588.

[15] Larombière, III, art. 1240, n° 2. Colmet de Santerre, V, 179 *bis*, III.

[16] Code de commerce, art. 144, 145 et 187. Duranton, XII, 67 et 68. Larombière, *loc. cit.*

[17] Cpr. sur les personnes incapables de recevoir un paiement : art. 450, 481 et 482, 499 et 513, 813, 1428, 1531, 1536, 1549 et 1676 ; Code d'inst. crim., art. 471 ; Code pénal, art. 29.

[18] Il suffit que l'incapable ait profité du paiement, au moment où il a été fait, ou depuis. Et quand même le profit n'existerait plus à l'époque où la demande en nouveau paiement est formée, cette demande n'en serait pas moins inadmissible. Toullier, VII, 14. Colmet de Santerre, V, 180 *bis*, II, *a*, V. — Delvincourt (II, p. 542 et 543) et M. Duranton (XII, 45) enseignent, au contraire, d'après Pothier (n° 504), qu'il faut à cet égard distinguer si l'objet payé a été employé en dépenses nécessaires ou simplement utiles. Cette distinction nous paraît contraire à la généralité des termes de l'art. 1241.

l'égard des créanciers saisissants ou opposants, qui peuvent, selon leur droit, contraindre le débiteur à payer une seconde fois, sauf le recours de ce dernier contre le créancier. Art. 1242.

Si, après une première saisie-arrêt, le tiers-saisi avait, en conservant en mains une somme égale au montant de la saisie, versé à son créancier le surplus de la créance arrêtée, et si, avant l'attribution définitive au saisissant des fonds retenus par le tiers-saisi, il était survenu de nouvelles oppositions, ce dernier ne serait soumis, à raison du paiement par lui fait, à aucune action de la part des nouveaux opposants[19]. Mais, comme ceux-ci auront le droit de concourir avec le premier saisissant sur la somme retenue par le tiers-saisi, celui-ci devra faire état au premier saisissant, de la différence en moins entre la collocation qui lui sera attribuée, et celle qu'il aurait obtenue par la distribution du montant intégral de la créance saisie-arrêtée[20].

[19] Cette première proposition ne saurait souffrir difficulté, puisque les nouveaux saisissants n'ont aucune faute ou imprudence à reprocher au tiers-saisi. Colmet de Santerre, V, 181 *bis*, 6.

[20] Cette solution se fonde sur le principe posé par les art. 1382 et 1383. Le tiers-saisi, pouvant prévoir la survenance de nouvelles oppositions sur la somme par lui retenue, et le préjudice que le concours de nouveaux opposants causera au premier saisissant, commet envers ce dernier une faute ou une grave imprudence, en versant au créancier une partie quelconque de la créance arrêtée. Duranton, XII, 65. Marcadé, sur l'art. 1242, n° 2. Larombière, III, art. 1242, n° 13. Colmet de Santerre, V, 181 *bis*, IV et V. Bourges, 3 février 1836, Sir., 37, 2, 5. Un autre système consiste à dire que le paiement fait au créancier par le tiers-saisi étant libératoire à l'égard des nouveaux opposants, sans cependant pouvoir être opposé au premier saisissant, on doit en conclure que ce dernier prendra sur la somme retenue par le tiers-saisi un dividende égal à celui qu'il aurait obtenu sur l'intégralité de la créance arrêtée, et que le surplus seulement de la susdite somme sera attribué aux autres opposants. Voy. en ce sens : Mersier, *Revue pratique*, 1867, XXIII, p. 336 et suiv.; Caen, 21 juillet 1845, Sir., 46, 2, 456. Mais c'est là tirer de prémisses incontestables une conséquence qu'elles ne renferment pas. De ce que, dans les rapports du tiers-saisi avec le saisissant et les opposants, le paiement fait au créancier, valable à l'égard de ceux-ci, ne l'est pas vis-à-vis de celui-là, il n'en résulte nullement que, dans les rapports respectifs des différents saisissants ou opposants, on doive tenir compte de cette circonstance, pour donner un droit de préférence au premier saisissant sur la somme restant en réalité à distribuer ; et ce, contrairement au double principe, que main de justice ne dessaisit et ne saisit personne, et que tous les créanciers doivent se partager, au *prorata* de leurs créances, le montant de la somme effective à distribuer entre eux. Art. 2093.

§ 318.

c. *De l'objet du paiement.*

Le débiteur est tenu de fournir la prestation qui forme la matière de l'obligation[1], sans pouvoir contraindre le créancier à en accepter une autre[2]. Art. 1243[3].

A côté de cette règle générale, la loi trace des règles spéciales, pour les hypothèses suivantes :

1° Quand la prestation a pour objet une chose déterminée dans son individualité, le débiteur est libéré en la remettant dans l'état où elle se trouve lors de la livraison, sans être tenu des détériorations qui ne proviennent, ni de sa faute[4] ou de celle des per-

[1] Lorsque le créancier accepte volontairement une autre prestation à la place de celle qui forme la matière de l'obligation, le paiement prend le nom de *datio in solutum*. La dation en paiement suppose qu'il s'est opéré, entre les parties, une novation expresse ou tacite, par suite de laquelle la prestation primitive a été remplacée par une autre. Cpr. sur la nature et les effets de la dation en paiement : Delvincourt, III, p. 129 ; Troplong, *De la vente*, I, 7 ; Duvergier, *De la vente*, I, 45 et 46 ; Duranton, XII, 79 à 82 ; et § 324.

[2] La novelle IV, chap. III, qui accorde, en certains cas, au débiteur d'une somme d'argent, le droit de se libérer en immeubles, n'a jamais été reçue en France, du moins d'une manière générale. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Rapport fait au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.* XII, p. 366, n° 121, et p. 465, n° 14).

[3] La règle posée par l'art. 1243 est cependant sujette à certaines modifications, dans les hypothèses prévues par les art. 701 et 1291. Voy. aussi art. 1142, 1302 et 1903. Cpr. Duranton, XII, 73 à 77.

[4] Les dispositions de l'art. 1245 ne sont que des conséquences et des applications des principes posés aux art. 1136, 1137 et 1302, d'après lesquels elles doivent être interprétées. Ainsi, lorsque l'art. 1245 emploie cumulativement les expressions *fait* et *faute*, ce n'est pas pour rendre le débiteur responsable des détériorations qui, bien que provenant de son fait, ne constitueraient point une faute de sa part ; c'est pour indiquer que le débiteur est tout aussi bien responsable des fautes par omission que de celles par commission : dans l'art. 1245, comme dans l'art. 1383, le mot *fait* est employé pour désigner une faute par commission. Voy. cependant Duranton, XII, 95 ; Zachariæ, § 318, note 4. Du reste, il est à remarquer que, l'obligation de livrer une chose déterminée dans son individualité emportant celle de donner à la conservation de cette chose les soins d'un bon père de famille (art. 1137), toute détérioration causée par le fait du débiteur lui-même constitue, en général, une faute dont il doit répondre.

sonnes dont il est responsable[5], ni d'accidents causés par des choses placées sous sa garde, et qui, d'ailleurs, ne sont pas survenues après sa mise en demeure[6]. Art. 1245.

2° Si la prestation consiste dans la livraison d'une chose déterminée seulement quant à son espèce, le débiteur n'est pas tenu de la donner de la meilleure espèce; mais il ne peut pas l'offrir de la plus mauvaise. Art. 1246. Cpr. art. 1022.

3° Lorsque la dette est d'une somme d'argent, le paiement doit être fait en espèces métalliques[7] d'or ou d'argent[8] ayant cours en

[5] Cpr. § 308, note 33. — On a, par arg. *a contrario*, conclu de l'art. 1245 que le débiteur n'est pas responsable des détériorations causées par des tiers. Cpr. Delvincourt, II, p. 554 ; Toullier, VII, 75. Cette opinion, qui est aussi celle de Pothier (n° 544), ne doit cependant pas être admise d'une manière absolue : il est bien évident que le débiteur répond même des détériorations causées par des tiers, s'il est démontré qu'il eût pu les empêcher en prenant les précautions convenables. Cpr. § 308, note 35.

[6] Tout débiteur, constitué en demeure, devient responsable des cas fortuits postérieurs à sa mise en demeure. Cpr., § 308, n° 3. Cependant il serait injuste de le rendre responsable des dégradations qui seraient également arrivées chez le créancier, dans le cas où la chose lui aurait été livrée. L'art. 1302, al. 2, décharge, en pareil cas, le débiteur de toute responsabilité relative à la perte de la chose, arrivée par cas fortuit ; et cette modification doit être admise dans l'hypothèse d'une simple dégradation, comme dans celle de la perte totale de la chose. Duranton, XII, 96. Cpr. note 4, *supra*.

[7] Le débiteur d'une somme d'argent ne peut donc forcer le créancier à recevoir en paiement des valeurs en papier, par exemple, des billets de banque. Avis du Conseil d'État des 12-30 frimaire an XIV. Civ. cassation, 7 avril 1856, Sir., 57, 1, 103. Les valeurs en papier ne sauraient être considérées comme faisant office de monnaie, que sous l'empire d'une législation qui leur attribue cours forcé. C'est ainsi que les lois révolutionnaires avaient rendu forcé le cours des assignats et mandats territoriaux. Cpr. à cet égard : Loi du 5 messidor an V, *relative aux transactions entre particuliers, pendant la durée de la dépréciation du papier-monnaie*, et les tableaux qui se trouvent à la suite de cette loi ; *Code des transactions* ou *Recueil complet des lois relatives aux obligations entre particuliers, pendant le cours du papier-monnaie*, par Vermeil, Paris, an VI, 1 vol. in-8° ; *Dictionnaire raisonné des transactions*, ou *Exposition par ordre alphabétique des lois, sur les transactions en papier-monnaie*, suivi d'un *Recueil complet de ces mêmes lois*, par Fournel, Paris, an VI, 1 vol. in-8 ; Merlin, *Rép.*, v^is Assignats, Mandat territorial, Monnaie, § 5, et *Quest.*, v° Papier-Monnaie. — Voy. aussi : Décret du 15 mars 1848 ; et Loi du 6 août 1850.

[8] Le débiteur peut, en général et sauf convention contraire, effectuer le paiement au moyen de telle espèce de monnaies d'or ou d'argent qu'il juge convenable. Toutefois, les pièces de 20 et de 50 centimes, ainsi que celles de 1 fr. et

France[9], à l'époque où il est effectué; et ce, d'après la valeur nominale de ces espèces à cette époque. Il en est ainsi, lors même que la valeur des monnaies a subi des variations depuis la formation de l'obligation : le débiteur doit toujours, malgré la baisse des monnaies, la somme numérique portée dans l'obligation; et il est, malgré leur hausse, libéré par le paiement de cette somme[10]. Art. 1895[11].

La règle que les paiements de sommes d'argent doivent être faits d'après la valeur nominale des espèces à l'époque où ils sont effectués, étant fondée sur un intérêt d'ordre public, il en résulte que toute convention qui y porte directement ou indirectement atteinte, doit être regardée comme nulle[12]. Art. 6.

de 2 fr., n'ont cours légal entre les particuliers que comme monnaies d'appoint, et jusqu'à concurrence de 50 fr. seulement pour chaque paiement. Loi du 14 juillet 1866, art. 5. Cpr. Loi du 25 mai 1864. Quant aux monnaies de cuivre et de billon, elles ne peuvent être employées dans les paiements que pour l'appoint de la pièce de 5 fr., c'est-à-dire jusqu'à concurrence seulement de 4 fr. 95 centimes. Décret du 18 août 1810. Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Paiement, § 3; Toullier, VII, 54; Crim. cass., 13 juillet 1860, Sir., 60, 1, 1020.

[9] Cependant, la convention d'après laquelle le débiteur serait tenu de faire un paiement en monnaies étrangères devrait être exécutée. Art. 1134. Code de commerce, art. 143.

[10] Si, par exemple, une loi nouvelle réduisait à 4 fr. 95 cent. la valeur de la pièce de 5 fr., le débiteur de 1000 fr., antérieurement prêtés au moyen de 200 pièces de 5 fr., ne serait point libéré en restituant ces 200 pièces; il devrait en rendre 102 plus 10 centimes, représentant la somme de 1000 fr. au cours établi par la nouvelle législation. Réciproquement, si la valeur de la pièce de 5 fr. avait été portée à 5 fr. 5 cent., le débiteur ne serait plus tenu de restituer 200 pièces de 5 fr., il se libérerait au moyen de 198 pièces plus 10 centimes, formant, d'après le nouveau cours, la somme de 1000 fr.

[11] Quoique l'art. 1895 soit placé au titre du prêt de consommation, il n'en est pas moins généralement reconnu qu'il doit être appliqué toutes les fois qu'il s'agit de la dette d'une somme d'argent, quelle que soit d'ailleurs la cause de cette dette. *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem.* L. 14, § 1, D. *de solut.* (46, 3). Delvincourt, II, p. 132. Duranton, XII, 91. Troplong, *De la vente*, I, 163. Zachariæ, § 318, texte et note 10. Toutefois, la règle énoncée au texte n'est pas applicable à la restitution d'espèces monnayées, qui, d'après la convention, ont été considérées comme des choses déterminées dans leur individualité. C'est ce qui a eu lieu en matière de dépôt ou de commodat. Art. 1932 et 1875. Voy. aussi : art. 1896 et 1897. Duranton, XII, 92 et 93. — Cpr. sur l'art. 1895 : *Dissertation*, par Duvergier, *Revue étrangère*, 1840, VII, p. 929.

[12] Pothier, *Du prêt de consomption*, n° 37. Larombière, III, art. 1246, n° 7.

§ 319.

d. *De la manière dont le paiement doit être fait.*

1° Le créancier ne peut être tenu de recevoir par parties[1] le paiement d'une obligation[2], même divisible[3]. Art. 1244, al. 1.

Cependant cette règle, qui ne concerne d'ailleurs que le cas où il n'existe qu'un seul débiteur[4], n'est plus applicable, lorsque le débiteur, unique dans l'origine, a laissé plusieurs héritiers. Art. 1220. Elle ne concerne pas davantage l'hypothèse où l'obligation a pour objet plusieurs paiements successifs, par exemple, quand il s'agit d'annuités, d'arrérages, de fermages, ou même d'intérêts[5].

Zachariæ, § 318, note 11. M. Duranton (XII, 93) soutient l'opinion contraire, en se fondant sur l'art. 143 du Code de commerce, qu'il applique, d'une manière générale, à toute espèce de paiements de sommes d'argent. Mais cet argument ne nous paraît pas fondé : autre chose est en effet de stipuler qu'un paiement sera fait en telle ou telle sorte de monnaie, soit française, soit étrangère, ce qui est très-licite ; autre chose est de stipuler que la monnaie française, avec laquelle le paiement doit avoir lieu, sera prise pour une valeur inférieure ou supérieure à celle que lui attribuera le cours légal.

[1] Cpr. sur le cas où le créancier accepte volontairement un paiement divisé : L. 26, § 13, D. *de condict. indeb.* (12, 6) ; L. 46, § 1, D. *de solut.* (46, 3) ; Delvincourt, sur l'art. 1244.

[2] Les intérêts et autres accessoires d'un capital doivent être considérés comme formant un seul tout avec ce capital, en ce sens que le paiement de ce dernier ne peut être offert séparément de celui des intérêts et autres accessoires. Art. 1258, n° 3. Pothier, n° 534. Zachariæ, § 319, note 2. Cpr. § 300, note 1. Voy. note 5, *infra.*

[3] L'obligation susceptible de division doit être exécutée, entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible. Art. 1220.

[4] Lorsqu'il existe plusieurs débiteurs conjoints d'une dette susceptible de division, ils n'en sont tenus que pour leur part et portion, sauf le cas de solidarité. Cpr. § 298.

[5] Chaque année d'intérêts est considérée comme une dette distincte. Ainsi, quoiqu'il y en ait plusieurs d'échues, le débiteur peut contraindre le créancier à les recevoir séparément. Toutefois, il ne pourrait le forcer à recevoir les dernières années avant les premières. Arg. art. 1254. Pothier, n°s 534 et 539. Delvincourt, II, p. 555. Toullier, VII, 69 et 70. Larombière, III, art. 1244, n° 7. Colmet de Santerre, V, 183 *bis*, II. Zachariæ, § 319, texte et note 4. Voy. cep. Duranton, XII, 206. D'accord sur le principe, cet auteur rejette, mais à tort, la restriction que nous y avons apportée.

D'un autre côté, cette règle reçoit exception :

Lorsque le titre constitutif de l'obligation, ou un titre postérieur, accorde au débiteur la faculté de se libérer par parties[6].

Lorsque le juge a concédé au débiteur plusieurs termes pour se libérer. Art. 1244, al. 2[7].

Enfin, la règle dont il s'agit peut être modifiée par l'effet de la compensation[8] et du bénéfice de division[9].

2° Le paiement doit être fait à l'époque indiquée par le titre de l'obligation. Cependant le juge a la faculté de reculer cette époque, en accordant au débiteur un délai pour se libérer. Art. 1244, al. 2.

Quand l'époque de l'exigibilité n'est point indiquée par le titre, le créancier peut immédiatement poursuivre le débiteur en paiement[10], à moins que, d'après sa nature, l'obligation ne

[6] Pothier, n° 536. Duranton, XII, 86.

[7] L'art. 1244, al. 2, reconnaît au juge, non-seulement la faculté d'accorder au débiteur un délai pour se libérer, mais encore celle de diviser le paiement en différents termes. Cela résulte : 1° de la rédaction même de cet article, surtout de l'expression *néanmoins* qui en relie les deux alinéas, et qui indique que le second contient une modification à la règle énoncée dans le premier ; 2° de la discussion à laquelle l'art. 1244 a donné lieu au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, XII, p. 170, n° 16). Le consul Cambacérès ayant demandé si cet article autorisait le juge à prononcer la division du paiement, dans les cas où il y aurait une *stipulation contraire*, Bigot-Préameneu répondit qu'il n'avait point été dans l'intention de la Section d'attribuer à la disposition une pareille étendue. Ainsi, il a été bien reconnu que l'article donnait au juge le droit de diviser le paiement, à moins de stipulation contraire. Delvincourt, II, p. 555. Toullier, VI, 658. Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, quest., 5264. Rodière, *Comp. et Procéd.*, I, p. 370. Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 517, à la note. Marcadé, sur l'art. 1244, n° 1. Bravard, *Traité de droit commercial*, III, p. 335. Colmet de Santerre, 183 *bis*, V. Zachariæ, § 319, note 6. Req. rej., 20 décembre 1842, Sir., 43, 1, 223. Voy. en sens contraire : Duranton, XII, 88 ; Colmar, 18 août 1816, Sir., 18, 2, 266.

[8] Par l'effet de la compensation, la plus forte créance se trouve éteinte jusqu'à concurrence de la plus faible. La compensation opère donc virtuellement un paiement partiel de la plus forte créance. Art. 1289 et 1290. Cpr. § 326.

[9] Lorsqu'il existe plusieurs cautions d'une même dette, chacune d'elles peut forcer le créancier qui la poursuit à diviser son action jusqu'à concurrence de la part dont elle est tenue, et à recevoir ainsi un paiement partiel. Art. 2026. Pothier, n° 535. Toullier, VII, 72 et 73. Duranton, XII, 87.

[10] L. 14, D. *de R. J.* (50, 17). Toullier, VI, 650 ; VII, 78. Zachariæ, § 319, texte et note 7.

doive être acquittée qu'après l'écoulement d'un certain laps de temps[11].

Lorsque le titre laisse au débiteur la faculté de se libérer *quand il le pourra*, ou *quand il en aura les moyens*, c'est au juge qu'il appartient de déterminer l'époque de l'exigibilité[12], en prenant en considération les circonstances particulières de la cause. Art. 1901, et arg. de cet article[13].

Le créancier ne peut être tenu de recevoir le paiement avant l'accomplissement de la condition, ni même avant l'arrivée du terme, quand il a été stipulé dans son intérêt.

3° Le paiement doit être exécuté au lieu, expressément ou implicitement[14], désigné par le titre de l'obligation. Si le titre ne fournit aucune indication sur ce point, le paiement doit être effectué au domicile du débiteur[15], à moins que l'obligation n'ait pour objet une chose déterminée dans son individualité, auquel cas

[11] Ainsi, par exemple, d'après la nature du prêt à usage, l'emprunteur n'est tenu de rendre la chose prêtée qu'après s'en être servi. Art. 1875. Le prêteur ne peut donc, dans le cas où le contrat n'indique pas l'époque de la restitution, réclamer cette chose avant que l'emprunteur ne l'ait fait servir à l'usage auquel elle était destinée. C'est au juge, en pareil cas, à fixer l'époque de la restitution. Voy. aussi : art. 1901, et la note suivante.

[12] Il ne faut pas confondre la faculté accordée au juge en pareil cas avec le pouvoir que lui donne l'art. 1244. Il ne s'agit pas ici de reculer, contrairement à la convention, l'époque de l'exigibilité, mais d'interpréter une convention qui n'indique pas cette époque d'une manière assez précise. Zachariæ, § 319, note 13, *in fine*. Cpr. § 303, texte et note 3. — Du reste, l'art. 1901 ne peut recevoir application aux engagements qui sont à considérer comme de simples engagements d'honneur, et qui, comme tels, ne peuvent être ramenés à exécution par les tribunaux. Cpr. § 297, texte, notes 15 et 16.

[13] Quoique l'art. 1901 soit placé au titre *Du prêt*, il n'en doit pas moins, à raison de la généralité du motif qui lui sert de base, être appliqué à toutes espèces d'obligations. Zachariæ, § 319, texte et note 8.

[14] Par exemple, en égard de la nature de la prestation. Toullier, VII, 93. Zachariæ, texte et note 9.

[15] C'est-à-dire, au domicile actuel du débiteur, et non à celui qu'il avait lors de la formation de l'obligation. Voy. en sens contraire : Duranton, XII, 101 ; Zachariæ, § 319, note 11. L'opinion de ces auteurs ne peut guère se concilier avec la disposition de l'art. 1247. Tout ce que l'on pourrait admettre, c'est que le créancier aurait droit à une indemnité, si le changement de domicile du débiteur lui avait occasionné des frais de recouvrement, ou d'autres dommages qui n'étaient pas entrés dans les prévisions des parties. Cpr. Larombière, III, art. 1247, n° 8.

c'est au lieu où se trouvait cette chose lors de la formation de l'obligation que le paiement doit se faire. Art. 1247[16].

Les frais du paiement sont, en règle générale, à la charge du débiteur. Art. 1248[17].

Le juge[18], autorisé, ainsi que cela a été précédemment indiqué, à donner au débiteur, en considération de sa position[19], un délai pour se libérer, et même à diviser le paiement en différents termes, ne doit user du pouvoir discrétionnaire que la loi lui accorde à cet égard qu'avec une grande réserve[20], et à charge par le débiteur de justifier, d'une part, que ses biens sont suffisants pour satisfaire à ses engagements, et, d'autre part, que l'exécution rigoureuse de l'obligation dont on poursuit le paiement lui causerait un grand préjudice[21].

Il est même des cas où le juge est absolument privé de ce pouvoir discrétionnaire. Le débiteur ne peut obtenir aucun délai de grâce, ni jouir de celui qui lui a été accordé (Code de procédure, art. 124) : lorsque ces biens sont vendus à la requête d'autres créanciers ;

16 Cpr. art. 1609, 1651, 1903 et 1943.

17 Cpr. Besançon, 17 décembre 1852, Sir., 54, 2, 110.— Voy. sur la question de savoir quelles sont les dépenses qui peuvent être considérées comme frais de paiement : Art. 1608 et 1942 ; Loi du 3 septembre 1807, art. 2 ; Décrets du 1er juillet 1809 et du 17 novembre 1852, sur la passe de sacs ; Toullier, VII, 94 et suiv.; Duranton, XII, 104 et 107.

18 Les délais de grâce étaient autrefois accordés par le souverain, qui délivrait à cet effet des lettres d'état et de répit. Mais les juges avaient aussi le droit, en condamnant au paiement de quelque somme, d'accorder une surséance de trois mois. Ordonnance du mois d'août 1669, faisant suite à celle de 1667, titre VI. Déclaration du 23 décembre 1699.

19 L'art. 1244, al. 1, ne parle que de la position du débiteur, et non de celle du créancier. Les malheurs de ce dernier ne formeraient donc pas absolument obstacle à ce que le premier obtînt un délai de grâce. Paris, 18 décembre 1806, Sir., 3, 2, 476. Voy. cep. Zachariæ, § 319, texte et note 14 ; Demolombe, XXV, 596.

20 L'abus de ce pouvoir constituerait un grief d'appel. Mais il ne donnerait pas ouverture à cassation. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XII, p. 170, n° 46). Demolombe, XXV, 598.

21 Cpr. art. 2212. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *op. et loc. citt.*). *Rapport au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *op. cit.*, XII, p. 466, n° 16). Toullier, VI, 657. Colmar, 22 frimaire an XIV, Sir., 6, 2, 523. Colmar, 18 août 1816, Sir., 18, 2, 266.

lorsqu'il est en état de faillite ou de déconfiture[22]; lorsqu'il est contumax[23], ou constitué prisonnier[24]; quand il a diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier[25]; quand il a expressément renoncé à la faculté de réclamer un délai de grâce[26]; enfin, lorsque la poursuite a lieu en vertu d'effets négociables[27]. Code de commerce, art. 157 et 187[28].

22 Quoique l'art. 124 du Code de procédure ne parle pas de la déconfiture, il n'est pas douteux qu'elle ne doive produire les mêmes effets que la faillite, d'autant plus que la vente forcée des biens du débiteur suffit déjà à elle seule pour enlever au juge le droit de lui accorder un délai de grâce. Delvincourt, II, p. 490. Toullier, VI, 670.

23 Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 465 et suiv. Contrairement à l'opinion de M. Larombière (III, art. 1244, n° 34), nous pensons que le mot *contumace* doit être pris ici dans le sens restreint que lui assignent les art. du Code d'instr. crimin. cités en tête de la note.

24 Peu importe d'ailleurs la cause de l'emprisonnement : l'art. 124, ne faisant aucune distinction, s'applique à l'arrestation préventive et à l'emprisonnement pour cause de condamnation criminelle ou correctionnelle, comme à l'emprisonnement par suite de contrainte par corps. Voy. en sens contraire : Larombière, III, art. 1244, n° 34.

25 Cpr. § 303, notes 13 à 15. — Il semble qu'on doive assimiler au débiteur qui a diminué par son fait les sûretés données au créancier par le contrat celui qui laisse passer, sans s'acquitter, l'un des termes de paiement que le juge lui avait fixés. Toullier, VI, 671. Zachariæ, § 319, note 17. Chauveau, sur Carré, quest. 527. Voy. en sens contraire : Larombière, III, art. 1244, n° 35.

26 *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *op. et loc. citt.*, et note 7 *supra*). Maleville, sur l'art. 1244. Toullier, VI, 658. Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Terme, n° 13. Larombière, III, art. 1244, n° 28. Colmet de Santerre, V, 183 *bis*, IX. Zachariæ, § 319, texte et note 18. Bordeaux, 28 avril 1830, Sir., 30, 2, 268. Bordeaux, 23 juillet 1838, Sir., 39, 2, 147. Voy. en sens contraire : Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, I, quest., 529; Delvincourt, II, p. 556; Rodière, *Comp. et procéd.*, I, p. 369; Taulier, IV, 371; Marcadé, sur l'art. 1244, n° 2 ; Demolombe, XXV, 591 et 592 ; Colmar, 29 juillet 1850, Sir., 51, 2, 272.

27 Civ. cass., 22 juin 1812. Sir., 12, 1, 355. Voy. cep. Colmar, 22 novembre 1815, Sir., 16, 2, 68 ; Req. rej., 31 juillet 1817, Sir., 18, 1, 299.

28 Les dispositions exceptionnelles des art. 157 et 187 ne doivent pas être étendues à toutes espèces de dettes commerciales. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, p. 73. Carré et Chauveau, *op. cit.*, quest. 522. Favard, *Rép.*, v° Jugement, sect. I, § 2, n° 4. Vincens, *Lég. comm.*, II, p. 13. Nouguier, *Des tribunaux de commerce*, III, p. 117. Larombière, III, art. 1244, n° 22. Req. rej., 20 décembre 1842, Sir., 43, 1, 223. Voy. en sens contraire : Toullier, VI,

Du reste, la circonstance que l'obligation se trouverait constatée par un acte en forme exécutoire n'enlèverait pas au juge la faculté que lui accorde l'art. 1244[29].

Mais il ne peut user de cette faculté que dans le jugement même par lequel il prononce une condamnation, ou rejette, soit une opposition faite à des poursuites exercées en vertu d'un acte exécutoire, soit l'opposition formée à un jugement par défaut qu'il aurait précédemment rendu[30]. Il ne pourrait pas davantage proroger les délais accordés par un jugement antérieur.

661 ; Zachariæ, § 319, note 15 ; Colmar, 24 novembre 1806, Sir., 6, 2, 974 ; Douai, 13 avril 1814, Sir., 16, 2, 99.

[29] Les expressions finales de l'art. 1244, « *et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état,* » supposent évidemment une opposition formée par le débiteur aux poursuites dirigées contre lui en vertu d'un titre exécutoire. L'argument tiré, en sens contraire, de l'art. 122 du Code de procédure, n'est pas concluant, puisque l'opposition soulève une contestation sur le point de savoir si les circonstances invoquées par le débiteur sont ou non de nature à lui faire accorder les délais. Chauveau, sur Carré, *op. cit.*, I, quest. 524. Rodière, *Comp. et procéd.*, I, p. 370. Taulier, IV, p. 370. Marcadé, sur l'art. 1244, n° 3. Larombière, III, art. 1244, n° 23. Colmet de Santerre, 183 *bis*, VI à VIII. Demolombe, XXV, 593 et 594. Aix, 17 décembre 1813, Sir., 14, 2, 257. Bordeaux, 28 janvier 1814, Sir., 14, 2, 373. Pau, 12 juin 1822, Sir., 22, 2, 313. Agen, 6 décembre 1824, Sir., 25, 2, 306. Req. rej. 1er février 1830, Sir., 30, 1, 41. Paris, 22 avril 1831, Sir., 31, 2, 162 et 333. Bordeaux, 23 juillet 1838, Dalloz, 1838, 2, 223. Paris, 2 août 1849, Sir., 49, 2, 527. Colmar, 29 juillet 1850, Sir., 51, 2, 272 ; Alger, 17 février 1864, Sir., 64, 2, 184. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Exécution parée, § 2 ; Delvincourt, II, p. 556 ; Toullier, VI, 660; Duranton, XII, 89 ; Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 518; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Terme, n° 17 ; Boitard, *Leçons de procédure*, I, p. 478; Zachariæ, § 319, texte et note 9 ; Pau, 26 novembre 1807, Sir., 12, 2, 380; Bruxelles, 18 juin 1812, Sir., 13, 2, 232.

[30] Tel est le sens de la disposition de l'art. 122 du Code de procédure, portant : *par le jugement même qui statuera sur la contestation*. Cette disposition est fondée, d'une part, sur ce que le juge, une fois dessaisi par un jugement contradictoire et définitif, ne peut pas connaître une seconde fois de la même affaire, et d'autre part, sur ce qu'aucun tribunal ne peut, sauf les cas de recours légaux, réformer ou modifier une décision rendue par une autre juridiction. Chauveau, sur Carré, quest. 525. Boncenne, *Théorie de la procédure*, II, p. 517. Larombière, III, art. 1244, n° 29. Colmet de Santerre, 83 *bis*, VI. Demolombe, XXV, 596. Colmar, 30 août 1809, Sir., 14, 2, 249. Paris, 11 avril 1810, Sir., 14, 2, 216. Bourges, 2 mai 1812, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV. Cpr. cep. Dijon, 8 janvier 1817, Sir., 18, 2, 61.

§ 320.

2. *Des effets du paiement, et de l'imputation des paiements.*

1° Le paiement, valablement fait, éteint l'obligation d'une manière absolue, c'est-à-dire à l'égard de toutes personnes[1], et avec tous ses accessoires, tels que cautionnements et hypothèques.

Lorsqu'une dette a été payée, le créancier est tenu de restituer au débiteur l'original sous seing privé, ou la grosse de l'acte qui en constate l'existence, à moins cependant qu'il n'ait un intérêt légitime à conserver ce titre, comme établissant, à son profit, un droit ou une libération[2].

2° Le débiteur, soumis envers le même créancier à plusieurs obligations ayant pour objet des prestations de même espèce, a le droit de déclarer lors du paiement, et de faire indiquer dans la quittance, quelle est celle de ces obligations qu'il entend acquitter. Art. 1253.

Cependant il ne peut faire cette imputation de manière à léser les droits du créancier[3]. Ainsi, par exemple, lorsque la dette porte intérêts ou produit des arrérages, le débiteur ne peut imputer le paiement qu'il fait, sur le capital, par préférence aux intérêts et arrérages échus[4]; et s'il existe plusieurs dettes également productives d'intérêts, l'imputation doit se faire d'abord sur les intérêts de toutes ces dettes indistinctement[5]. Art. 1254[6]. Ainsi en-

[1] Cette règle est sujette à modification dans le cas où le paiement est accompagné de subrogation. Cpr. § 321.

[2] Zachariæ, § 320, note 1re. Nancy, 24 novembre 1825, Sir., 26, 2, 147. Civ. rej., 7 mars 1859, Sir., 59, 1, 206. Cpr. Angers, 12 avril 1866, Sir., 66, 2, 308.

[3] L. 1, D. *de solut.* (46, 3). *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 372, n° 131). Toullier, VII, 174 et 180. Colmet de Santerre, V, 198 *bis*, II.

[4] Pothier (n° 571) enseigne que cette règle ne s'appliquait autrefois qu'aux intérêts compensatoires, et non aux intérêts moratoires. Mais, comme l'art. 1254 ne reproduit pas cette distinction, il semble qu'on ne doive plus l'admettre aujourd'hui. Delvincourt, II, p. 556. Favard, *Rép.*, v° Imputation, § 3. Larombière, III, art. 1254, n° 4. Zachariæ, § 320, note 5. Voy. en sens contraire : Duranton, XII, 192 ; Marcadé, sur l'art. 1254, n° 3.

[5] Civ. cass., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 91.

[6] La règle posée par l'art. 1254 cesse de recevoir application, lorsqu'il s'agit d'intérêts qui ne sont pas liquides et exigibles au moment du paiement. Req.

core, le débiteur ne peut diriger l'imputation sur une dette non échue, si le terme a été stipulé en faveur du créancier. Art. 1258, nº 4. Enfin il ne serait pas admis à faire l'imputation sur le principal d'une dette, de préférence aux frais exposés par le créancier à l'occasion de cette dette[7].

Lorsque le débiteur ne déclare pas quelle est l'obligation qu'il entend acquitter, l'imputation faite par le créancier au moment où il reçoit le paiement doit obtenir son effet[8]; et le débiteur ne peut demander une imputation différente de celle qui se trouve dans la quittance qu'il a acceptée, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise[9] de la part du créancier. Art. 1255.

L'imputation conventionnelle d'un paiement qui a opéré, en tout ou en partie, l'extinction d'une dette, ne peut être rétractée par les parties au préjudice des tiers, et reportée sur une autre dette, dans le but de faire revivre les accessoires attachés à la première[10].

Quand la quittance n'indique pas quelle est la dette en extinction de laquelle le paiement a été fait, la loi supplée à son silence, en réglant l'imputation de la manière suivante (art. 1256) :

a. Le paiement doit être imputé, en premier lieu, sur la dette échue, de préférence à celle qui ne l'est pas.

b. Lorsque les dettes sont toutes également, soit échues, soit non échues[11], l'imputation a lieu sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter[12].

rej., 18 janvier 1832, Sir., 33, 1, 74. Voy. aussi : Code de commerce, art. 445, et Lyon, 30 août 1861, Sir., 62, 2, 126.

7 Larombière, III, art. 1254, nº 3.

8 Cette imputation lie le créancier aussi bien que le débiteur. L. 102. § 1, D. *de solut.* (46, 3). Zachariæ, § 320, texte et note 7. Cpr. Req. rej., 13 juin 1834, Sir., 35, 1, 298.

9 Ainsi, une simple surprise, quoique non accompagnée des manœuvres frauduleuses définies par l'art. 1116, suffit pour autoriser le débiteur à revenir contre l'imputation ; mais il ne le peut à raison du seul préjudice que cette imputation lui a causé. Pothier, nº 566. Delvincourt, II, p. 557. Toullier, VII, 176 et 177. Duranton, XII, 193. Marcadé, sur l'art. 1225. Colmet de Santerre, V, 200 *bis*.

10 Req. rej., 25 juillet 1864, Sir., 64, 1, 452.

11 Duranton, XII, 195. Colmet de Santerre, V, 201 *bis*, II. Zachariæ, § 320, note 9. Req. rej., 28 juin 1853, Sir., 53, 1, 695.

12 Ainsi, par exemple, l'imputation doit se faire sur la dette qui entraîne contrainte par corps, plutôt que sur celle qui ne l'entraîne pas ; sur la dette cautionnée, plutôt que sur celle qui ne l'est pas ; sur la dette qui porte intérêts, plutôt que sur celle qui n'en produit pas; sur la dette hypothécaire, plutôt que sur

Cependant le paiement qui, d'après la quittance, est déclaré fait sur le capital et sur les intérêts, s'impute d'abord sur les intérêts, quand il n'est point intégral. Art. 1254.

c. Si les dettes sont toutes échues, et que le débiteur ait autant d'intérêt à acquitter les unes que les autres, l'imputation se fait sur la plus ancienne.

d. Enfin, toutes choses égales d'ailleurs, l'imputation doit se faire proportionnellement sur les différentes dettes.

Du reste, les dispositions de l'art. 1256 étant simplement déclaratives de l'intention présumée des parties, elles cesseraient de recevoir application si l'on devait admettre, d'après les circonstances, que le débiteur a entendu acquitter une dette autre que celle sur laquelle le paiement se serait imputé d'après ces dispositions. Et, à cet égard, les tribunaux jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation[13].

B. *Du paiement avec subrogation*[1].

§ 321.

La subrogation est une fiction juridique, admise ou établie par la loi, en vertu de laquelle une obligation, éteinte au regard du

la dette chirographaire. Cpr. Pothier, n° 567 ; Duranton, XII, 199 ; Delvincourt, II, p. 557 ; Toullier, VII, 179 ; Zachariæ, § 320, texte et note 8 ; Req. rej., 24 août 1829, Sir., 29, 1, 420 ; Grenoble, 29 juillet 1832, Sir., 33, 2, 572 ; Paris, 26 novembre 1833, Sir., 33, 2, 594 ; Req. rej., 13 juin 1834, Sir., 35, 1, 298 ; Orléans, 3 avril 1851, Sir., 51, 2, 555 ; Paris, 1er février 1859, Sir., 59, 2, 511 ; Bordeaux, 21 février 1861, Sir., 63, 1, 91.—Toutefois, l'appréciation du plus ou moins d'intérêt que pouvait avoir le débiteur à acquitter telle ou telle dette rentre entièrement dans le pouvoir discrétionnaire du juge. Larombière, III, art. 1256, n° 6. Req. rej., 28 juin 1853, Sir., 53, 1, 695.

[13] Req. rej., 25 novembre 1867, Sir., 68, 1, 80.

[1] On distingue deux espèces de subrogations : la réelle et la personnelle. La subrogation réelle est la substitution d'une chose à une autre, en ce sens qu'une chose prend la place et revêt les caractères juridiques d'une autre chose à laquelle elle est substituée : *Subrogatum capit substantiam subrogati.* Cpr. art. 132; 747 et 766; 1066, 1067 et 1069; 1407, 1434 et 1435; 1553 et 1559; § 573, texte n° 4. La subrogation personnelle, dans l'acception la plus étendue de cette expression, désigne toute substitution d'un tiers à un créancier, opérée par une cause juridique quelconque, et par suite de laquelle ce tiers est autorisé à exercer, pour son propre compte et dans son intérêt personnel, tout ou partie des droits et actions du créancier. Dans cette acception, la subrogation personnelle

créancier originaire, par suite du paiement qu'il a reçu d'un tiers, ou du débiteur lui-même, mais avec des deniers qu'un tiers lui a fournis à cet effet, est regardée comme continuant de subsister au profit de ce tiers, qui est autorisé à faire valoir, dans la mesure de ce qu'il a déboursé, les droits et actions de l'ancien créancier[2].

La subrogation est conventionnelle ou légale. Art. 1249. La subrogation conventionnelle peut être consentie, soit par le créancier sans l'intervention du débiteur, soit par ce dernier sans le concours de la volonté du créancier.

1° *Des conditions et des caractères de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier. Des différences qui existent entre cette subrogation et la cession-transport.*

a. Le créancier qui reçoit son paiement d'un tiers[3] est autorisé à le subroger dans ses droits et actions[4].

comprend aussi bien la subrogation judiciaire (cpr. art. 1166, et § 312), et la subrogation attachée à la cession ou à la délégation (cpr. art. 1689 et suiv., et § 359 *bis*, texte n° 5), que celle qui s'opère par suite de paiement. Cette dernière, dont il est exclusivement question au présent paragraphe, prend plus spécialement le nom de subrogation. Cpr. sur cette matière : *Traité de la subrogation*, par Renusson, Paris, 1702, 1 vol. in-4° ; *Traité des subrogations personnelles*, par Mourlon, Paris, 1848, 1 vol. in-8° ; *Traité de la subrogation de personnes*, par Gauthier, Paris, 1853, 1 vol. in-8°.

[2] La définition donnée au texte est, à notre avis, la seule qui distingue nettement la subrogation, de la cession, et de la novation par changement de créancier. Le système suivant lequel le paiement avec subrogation entraînerait l'extinction absolue de la créance originaire, sous la réserve seulement des sûretés qui s'y trouvaient attachées, et qui seraient reportées à la créance naissant du paiement ou du prêt fait par un tiers, tend à confondre la subrogation, avec une novation par changement de créancier, lors de laquelle on aurait réservé les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance. Art. 1278. Voy. sur les autres définitions de la subrogation : Dumoulin, *De usuris*, n° 276 ; Renusson, chap. I, n° 10 ; Pothier, *Coutume d'Orléans*, Introd. au titre X, n° 66 ; Merlin, *Rép.*, v° Subrogation de personne, sect. II, § 1, et *Quest.*, v° Subrogation, § 1 ; Delvincourt, II, part. I, p. 170 ; Toullier, VII, 97 ; Duranton, XII, 108 ; Mourlon, p. 6 à 14 et 48 ; Larombière, III, art. 1249, n° 2, et 1250, n° 25 ; Colmet de Santerre, V, 189 *bis*, I à V ; Zachariæ, § 321.

[3] La subrogation pourrait avoir lieu dans le cas même où le créancier, sans recevoir son paiement du tiers personnellement, l'aurait reçu, en vertu d'un droit de préférence qui lui compétait sur des fonds appartenant à ce tiers. Civ. cass., 14 décembre 1864, Sir., 65, 1, 188.

[4] Si le paiement avait été fait, non par un tiers, mais par le débiteur lui-même,

La subrogation peut être valablement consentie, non-seulement par le créancier lui-même, mais encore par tout mandataire, légal ou conventionnel, autorisé à recevoir le paiement, et notamment par l'huissier chargé du recouvrement d'une créance, en ce sens du moins qu'elle ne saurait être contestée que par le créancier, qui refuserait d'accepter, sous condition de subrogation, les fonds touchés pour son compte[5].

Le créancier, qui est maître de refuser la subrogation, peut, à plus forte raison, en restreindre les effets, en ne la donnant, par exemple, que pour ses priviléges et hypothèques, et en la refusant pour le cautionnement attaché à sa créance.

La subrogation, consentie par le créancier, doit être expresse, et faite en même temps que le paiement. Art. 1250, n° 1.

Elle ne requiert aucune autre condition, et peut, par conséquent, avoir lieu par acte sous seing privé, aussi bien que par acte authentique[6]. Il n'est pas même nécessaire que l'acte qui la renferme ait acquis date certaine à une époque quelconque, antérieure à sa production, pour que la subrogation puisse être opposée au débiteur lui-même, à ses successeurs universels, et à tous ceux qui se trouvent personnellement ou hypothécairement obligés à la dette[7]. Mais une quittance subrogatoire, dépourvue

au moyen de deniers antérieurement fournis par un tiers, la subrogation consentie au profit de ce tiers ne serait pas valable d'après le n° 1, de l'art. 1250, et ne vaudrait, d'après le n° 2 du même article, qu'autant qu'elle réunirait les conditions indiquées dans ce dernier numéro. Gauthier, n° 167. Req. rej., 19 avril 1831, Sir., 31, 1, 432. Cpr. Req. rej., 15 février 1832, Sir., 32, 1, 792 ; Civ. cas., 9 décembre 1863, Sir., 64, 1, 177.

[5] Colmar, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 251. Nancy, 3 mai 1856, Sir., 56, 2, 327. Civ. rej., 7 avril 1858 ; Sir., 58, 1, 810. Cpr. cep. Req. rej., 2 août 1848, Sir., 48, 1, 695. Voy. en sens contraire : Gauthier, n° 104 *bis* : Larombière, III, art. 1250, n° 30.

[6] L'authencité n'est requise que pour la subrogation conventionnelle dont s'occupe le n° 2 de l'art. 1250. Delvincourt, II, p. 559. Toullier, VII, 116. Mourlon, p. 249. Angers, 25 janvier 1849, Sir., 49, 2, 428. Toulouse, 11 juin 1864, Sir., 65, 1, 417. Voy. en sens contraire : Grenoble, 13 mai 1824, Sir., 25, 2, 310.

[7] Le débiteur, et les autres personnes indiquées au texte, n'ayant pas d'intérêt à payer au subrogeant plutôt qu'au subrogé, ne pourraient scinder l'acte, pour s'en prévaloir comme quittance, tout en repoussant la subrogation qu'il renferme. Req. rej., 20 janvier 1857, Sir., 57, 1, 332. Civ. rej., 7 avril 1858, Sir., 58, 1, 810.

de date certaine, ne pourrait être opposée, ni à un créancier tiers saisissant, ni au cessionnaire du créancier originaire, ni à un autre tiers, subrogé par un acte ayant acquis date certaine[8].

La subrogation devant être expresse, il faut que les termes employés pour l'exprimer manifestent clairement l'intention du créancier de subroger, dans ses droits et actions, le tiers qui le paie. Toutefois, il n'est pas indispensable que le créancier se serve du terme *subroger*, qui peut être remplacé par d'autres expressions équivalentes[9]. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire que la déclaration de subrogation porte cumulativement sur les *droits, actions, priviléges* et *hypothèques* du créancier : il suffit que ce dernier emploie l'une ou l'autre des expressions *droits, actions* ou *créance;* chacune d'elles, même prise isolément, emporterait subrogation complète à tous les droits et actions du créancier, tant contre le débiteur que contre les tiers[10].

La raison pour laquelle la subrogation doit avoir lieu en même temps que le paiement est que le créancier subrogeant ne pourrait, par une déclaration subséquente de subrogation, faire revivre une créance antérieurement éteinte[11].

Une subrogation faite après coup resterait sans effet, tant au regard des tiers que vis-à-vis du débiteur[12]. Toutefois, un verse-

[8] Art. 1328. Cpr. § 756, texte n° 2, lett. *b* et *c*. Civ. rej., 31 janvier 1843, Sir., 43, 2, 616. Voy. en sens contraire : Larombière III, art. 1250, n° 36. En étendant aux quittances subrogatoires le tempérament d'équité d'après lequel les quittances ordinaires peuvent être opposées aux tiers, bien qu'elles n'aient point acquis date certaine, cet auteur n'a pas remarqué la différence profonde qui sépare ces deux espèces de quittances. Cpr. cep. sur les subrogations en matière commerciale : texte et note 16 *infra*.

[9] Toullier, VII, 121 à 123. Duranton, XII, 118. Mourlon, p. 216. Colmet de Santerre, V, 190 *bis*, II.

[10] Toullier, VII, 120. Duranton, XII, 119. Mourlon, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 1250, n° 1. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Zachariæ, § 321, texte et note 4. Req. rej., 4 février 1839, Sir., 39, 1, 107. C'est évidemment à tort que la Cour de Riom a jugé le contraire, par arrêt du 12 janvier 1809. Sir., 12, 2, 200.

[11] L. 76, D. *de solut.* (46, 3). *Exposé de motifs,* par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 369, n° 128), Toullier, VII, 116.

[12] Il en serait ainsi, lors même que, dès avant le paiement, le créancier aurait promis la subrogation, et que, dans la quittance donnée au moment du paiement, il se serait réservé de la réaliser ultérieurement, mais sans indiquer la personne qu'il entendait subroger. Civ. cass., 30 juillet 1838, Sir., 38, 1, 673. Voy. cep. Mourlon, p. 245.

ment de fonds opéré sous condition de subrogation, ou dans des circonstances de nature à le faire envisager plutôt comme un dépôt provisoire que comme un véritable paiement, ne formerait pas obstacle à la validité de la subrogation consentie dans la quittance définitive[13]. La règle précédente et la modification qui vient d'y être apportée conduisent à reconnaître que, si plusieurs paiements successifs se trouvaient constatés par une seule quittance, rédigée au moment du dernier versement, la subrogation mentionnée dans cette quittance n'aurait d'effet que pour la somme versée au moment de sa rédaction, à moins que les versements antérieurs ne dussent, d'après les circonstances, être plutôt assimilés à de simples dépôts provisoires qu'à de véritables paiements[14].

Pour que la simultanéité du paiement et de la subrogation puisse être considérée comme établie au regard des tiers, il faut, en général, que la quittance constatant le paiement mentionne également la subrogation, qui ne serait pas opposable aux tiers, si elle n'était relatée que dans un écrit distinct de la quittance, encore que les deux actes portassent la même date[15].

Par exception aux règles qui viennent d'être développées, la preuve que la subrogation, consentie par le créancier, a eu lieu d'une manière expresse et en même temps que le paiement, peut, en matière commerciale, résulter, même au regard des tiers, soit de la correspondance et des livres des parties, soit d'un acte signé par elles, quoique dépourvu de date certaine[16].

Du reste, dans le cas même où le paiement et la subrogation se trouveraient constatés par un seul et même acte, opposable aux tiers, ceux-ci seraient cependant admis à contester la subrogation, par le motif qu'elle n'aurait eu lieu, en réalité, que postérieurement au paiement.

[13] Duranton, XII, 116. Mourlon, p. 224. Gauthier, n°s 110 et suiv. Larombière, III, art. 1250, n° 6. Grenoble, 30 juin 1835, Sir., 36, 2, 145. Req. rej., 31 mai 1848, Sir., 48, 1, 427. Req. rej., 6 novembre 1854, Sir., 54, 1, 756. Req. rej., 14 décembre 1858, Sir., 60, 1, 987. Req. rej., 25 juillet 1865, Sir., 65, 1, 417. Req. rej., 5 novembre 1865, Sir., 66, 1, 201.

[14] Mourlon, p. 247. Limoges, 27 novembre 1841, Sir., 42, 2, 298.

[15] Arg. art. 1321. Comme l'écrit constatant la subrogation modifierait les effets de la quittance pure et simple, il constituerait, à l'égard des tiers intéressés à soutenir l'extinction absolue de la dette, une véritable contre-lettre. Toullier, VII, 116.

[16] Req. rej., 14 décembre 1858, Sir., 60, 1, 987.

La preuve de l'antériorité du paiement peut s'induire des termes mêmes de la quittance[17]. En dehors de ce cas, les moyens de preuve à l'aide desquels il est permis d'établir ce fait varient dans les deux hypothèses suivantes :

Lorsque les tiers prétendent que la dette avait été, dès avant la quittance subrogatoire, acquittée par celui même qui se prévaut de la subrogation, et qu'ils lui reprochent ainsi une fraude à leur égard, ils sont autorisés à établir l'antériorité du paiement par tous moyens de preuve, et même à l'aide de simples présomptions[18].

Dans le cas, au contraire, où les tiers allèguent que, dès avant la quittance subrogatoire, la dette s'était trouvée éteinte au moyen d'un paiement effectué, soit par le débiteur lui-même, soit par une personne autre que celle qui se prévaut de la subrogation, sans d'ailleurs reprocher aucune collusion à cette dernière, ils ne sont admis à établir l'extinction antérieure de la dette qu'au moyen d'écrits ayant acquis date certaine avant la quittance subrogatoire[19].

b. Malgré l'affinité apparente que la subrogation consentie par le créancier présente avec la cession-transport, elle en diffère cependant sous des rapports essentiels. La subrogation est une opération dont le but principal est la libération du débiteur envers le créancier originaire. La cession-transport, au contraire, est une opération qui a pour objet la vente et l'acquisition d'une créance. Dans la première, les sommes versées au créancier originaire le sont à titre de paiement; dans la seconde, elles lui sont remises comme prix de vente. Enfin, en cas de subrogation, la créance est éteinte de fait, et ce n'est que par la vertu d'une fiction légale qu'elle est censée subsister encore au profit du subrogé; tandis qu'au cas de cession-transport, ce n'est pas seulement par fiction, mais en réalité, que la créance continue de subsister[20]. Aussi la

[17] Civ. cass., 30 juillet 1838, Sir., 38, 1, 673. Limoges, 27 novembre 1841, Sir., 42, 2, 298. Req. rej., 28 janvier 1845, Sir., 45, 1, 456. Douai, 10 février 1853, Sir., 53, 2, 305.

[18] Arg. art. 1353. Cpr. § 765, texte, notes 22 et 23.

[19] Arg. art. 1328. Civ. rej., 31 janvier 1843, Sir., 43, 1, 616. Cpr. civ. rej., 12 février 1840, Sir., 40, 1, 529.

[20] Merlin, *Rép.*, v° Subrogation de personnes, sect. II, § 1. Duranton, XII, 214. Mourlon, p. 11 et suiv. Colmet de Santerre, V, 189 *bis*, VI et VII. C'est à tort que Toullier (VII, 119) et Delvincourt (III, p. 559) ont confondu la cession-transport et la subrogation conventionnelle consentie par le créancier. Voy. aussi : Civ. cass., 4 février 1846, Sir., 46, 1, 97.

subrogation et la cession-transport sont-elles, à divers égards, régies par des règles différentes.

Ainsi, la disposition de l'art. 1690 est étrangère à la subrogation, et l'efficacité de celle-ci à l'égard des tiers est indépendante de sa signification au débiteur, ou de son acceptation par ce dernier[21]. La prudence, toutefois, exige que le subrogé fasse notifier la subrogation au débiteur, pour empêcher que celui-ci ou ses coobligés ne se libèrent entre les mains du créancier originaire[22].

D'un autre côté, lorsque la subrogation a été consentie pour une somme inférieure au montant de la créance, le subrogé ne peut réclamer du débiteur que ce qu'il a réellement déboursé; tandis qu'en pareille circonstance, la cession donne au cessionnaire le droit d'exiger de ce dernier le montant intégral de la créance cédée[23].

En troisième lieu, au cas de non-existence de la créance, le recours dont jouit le subrogé n'est qu'une action en répétition de l'indû, qui ne lui donne droit à la bonification des intérêts et à la restitution des frais et loyaux coûts de la quittance subrogatoire, qu'autant que le subrogeant était de mauvaise foi[24]; tandis que

[21] Comme la fiction légale sur laquelle est fondée la subrogation n'empêche l'extinction de la créance que dans l'intérêt du subrogé, les effets du paiement avec subrogation doivent, par rapport au créancier originaire et à ses ayants cause, être les mêmes que ceux d'un paiement pur et simple. On doit en conclure que la disposition exceptionnelle de l'art. 1690, uniquement relative à la transmission d'une créance qui continue de subsister d'une manière absolue, et à l'égard de toute personne indistinctement, est étrangère au paiement avec subrogation. Duranton, XII, 124, 125 et 127. Mourlon, p. 15 et 249. Marcadé, sur l'art. 1250, n° 2. Colmet de Santerre, V, 189 *bis*, X. Zachariæ, § 321, note 3. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 559 ; Toullier, VII, 127 ; Duvergier, *De la vente*, II, 237.

[22] Si, en l'absence de la notification de la subrogation, le débiteur ou ses coobligés avaient payé de bonne foi le créancier originaire, le subrogé n'aurait d'action que contre ce dernier. Cpr. Larombière, III, art. 1250, n° 42.

[23] Merlin, *Quest.*, v° Subrogation de personnes, § 1. Duranton, XII, 122. Mourlon, p. 13. Marcadé, sur l'art. 1250, n° 3. Colmet de Santerre, V, 189 *bis*, VIII. Req. rej., 21 mars 1810, Sir., 11, 1, 6.

[24] Cpr. art. 1378 à 1380. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 369, n° 129). Troplong, *Des hypothèques*, I, 353 *bis*. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1248, Mourlon, p. 14 et 15, n° 2. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 559 ; Toullier, VII, 164 ;

le recours compétent au cessionnaire est une véritable action en garantie, qui l'autorise à demander, même contre un cédant de bonne foi, la bonification des intérêts et la restitution des frais et loyaux coûts de la cession[25].

Enfin, le subrogeant qui n'a été payé qu'en partie peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. Art. 1252. Dans la cession-transport, au contraire, le cédant, qui n'a cédé qu'une partie de la créance à lui due, ne jouit d'aucune préférence sur le cessionnaire[26].

Du reste, le véritable caractère d'une convention devant plutôt s'apprécier d'après ce qui s'est réellement passé entre les parties que d'après la qualification qu'elles lui ont donnée, les tribunaux pourraient, suivant les circonstances, déclarer qu'un acte qualifié de subrogation constitue en réalité une cession-transport. Le point principal auquel le juge doit s'attacher est de savoir si les fonds remis au créancier lui ont été versés dans son intérêt ou dans celui du débiteur. Quand il s'agit d'une créance non exigible, il est, en général, à présumer que les fonds ont été versés dans l'intérêt du créancier, et que l'opération constitue, par conséquent, une cession-transport. Si, au contraire, la créance était exigible, et surtout si le créancier avait déjà commencé des poursuites, l'intervention d'un tiers devrait, en général, être considérée comme ayant eu lieu dans l'intérêt du débiteur, et, par suite, l'opération présenterait plutôt les caractères d'un paiement avec subrogation que ceux d'une cession-transport[27].

Duranton, XII, 138, et XVI, 488 ; Duvergier, *De la vente*, II, 287 ; Civ. cass., 4 février 1846, Sir., 46, 1, 97 ; Montpellier, 15 décembre 1847, Sir., 48, 2, 525. Cette dernière opinion serait sans doute exacte d'après le système qui assimile la subrogation consentie par le créancier à la cession-transport ; mais on doit être étonné de la voir soutenir par M. Duranton, qui a si fortement combattu ce système.

[25] Cpr. art. 1693 à 1695 ; § 359 *bis*, texte n° 6.

[26] Delvincourt, II, p. 564. Duranton, XII, 187. Marcadé, sur l'art. 1250, n° 2. Mourlon, p. 16 à 21. Colmet de Santerre, V, 189 *bis*, XI, et 197 *bis*, XVI. Grenoble, 15 janvier 1834, Sir., 35, 2, 45. Amiens, 24 juillet 1841, Sir., 45, 2, 93.

[27] Colmet de Santerre, V, 189 *bis*, XII.

2° *Des conditions de la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur* [28].

Le débiteur qui emprunte[29] des deniers pour se libérer peut subroger le prêteur dans les droits et actions du créancier, sans le concours de la volonté de ce dernier. Art. 1250, n° 2.

Cette faculté appartient non-seulement au débiteur proprement dit, mais à toute personne qui emprunte des deniers pour effectuer un paiement auquel se trouve attachée une subrogation légale, en ce sens que cette personne peut conventionnellement subroger le prêteur, dans l'effet de la subrogation légale qui résultera, à son profit, du paiement effectué au moyen des deniers empruntés[30]. Elle appartient spécialement au créancier recourant à un emprunt pour payer un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques[31]. Elle appartient de même à l'acquéreur d'un immeuble, empruntant à l'effet de payer les créanciers auxquels cet immeuble est hypothéqué, de sorte qu'en cas de revente de l'immeuble pour un prix inférieur à celui de la première vente, les subrogés aux droits des créanciers les plus anciens doivent être préférés aux créanciers postérieurs du vendeur originaire ou des précédents propriétaires[32].

[28] Cpr. sur l'origine de cette subrogation : Edit de Henri IV, de mai 1609 ; Arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 6 juillet 1690 ; Loiseau, *Des offices*, liv. III, chap. VIII, n°s 73 à 83 ; Dumoulin, *De usuris*, n°s 276, 333, 336 et 340.

[29] Cette espèce de subrogation a lieu d'ordinaire à la suite d'un emprunt; mais rien n'empêche qu'elle ne puisse valablement s'opérer, lorsque des fonds sont remis au débiteur à tout autre titre, par exemple, à titre de dot, avec la stipulation qu'ils seront employés à l'extinction de certaines dettes, et sous la condition de subrogation au profit de la femme. Mourlon, p. 326.

[30] On ne pourrait soutenir le contraire qu'en se mettant en opposition avec l'esprit qui a dicté la disposition du n° 2 de l'art. 1250, dont le but est de procurer aux personnes intéressées à l'extinction d'une dette les fonds nécessaires à son acquittement. Il y a d'autant moins de raison de leur refuser la faculté de subroger conventionnellement dans l'effet de la subrogation légale admise en leur faveur, que l'exercice de cette faculté ne saurait préjudicier à qui que ce soit.

[31] Civ. cass., 7 novembre 1854, Sir., 54, 1, 715.

[32] Cette proposition fait encore aujourd'hui l'objet d'une vive controverse qui remonte à Renusson. Cet auteur, confondant avec l'hypothèse où la subrogation est consentie par le vendeur, celle où elle s'opère du chef de ses créanciers hypothécaires les plus anciens, accordait au vendeur non intégralement payé la faculté de se prévaloir, même dans cette dernière hypothèse, de la maxime *Nemo contra se subrogasse censetur*, comme si la subrogation s'était effectuée de son chef. A l'appui de son opinion, il invoquait un arrêt du parlement de Paris,

Il faut, pour la validité de la subrogation consentie par le débiteur, que le prêt ait été fait sous la condition de l'emploi des fonds

du 7 septembre 1671. Mais il suffit de lire les faits de l'espèce et le dispositif de cet arrêt pour se convaincre qu'il n'a décidé qu'une question de résolution de vente, et non une question de subrogation. Nous ajouterons qu'un second arrêt du même parlement, en date du 10 avril 1677, également cité par Renusson, s'est formellement prononcé en faveur des prêteurs subrogés. Voy. *Traité de la subrogation*, chap. XV, n°s 9 à 14. Cependant la controverse a continué, tant dans l'ancien Droit que sous l'empire du Code Napoléon. Pour faire prévaloir l'opinion de Renusson, on dit que l'acquéreur n'est véritablement débiteur que du vendeur, que les créanciers hypothécaires, même premiers en rang, n'ont pu toucher une partie du prix que comme représentants ou mandataires de ce dernier, que l'acquéreur n'a donc pu subroger le prêteur de deniers que dans les droits du vendeur et que dès lors celui-ci ou ses créanciers postérieurs, non encore payés, sont admis à invoquer la disposition de l'art. 1252. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Subrogation de personne, sect. II, § 8, n° 7; Toullier, VII, 171 ; Delvincourt, II, p. 565; Grenier, II, 394 ; Gauthier, n° 204 et suiv.; Pont, *Des privilèges et hypothèques*, n° 225 ; Barilliet, *Revue pratique*, 1862, XIV, p. 20 et 113 ; Req. rej., 5 mai 1814, *Rép.*, de Merlin, *loc. cit.*; Toulouse, 29 février 1844, *Pal.*, 44, 2, 47. A notre avis, les arguments qui viennent d'être rappelés portent complétement à faux. L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué n'est pas seulement débiteur personnel du vendeur, il est encore tenu hypothécairement envers les créanciers, si bien que quand il paie son prix au vendeur, il n'en reste pas moins obligé envers ces derniers. D'un autre côté, les créanciers hypothécaires, premiers en rang, qui reçoivent des mains de l'acquéreur le paiement de ce qui leur est dû, ne le touchent pas comme simples mandataires du vendeur, mais en vertu d'un droit qui leur est propre, et qui prime celui du vendeur et des créanciers postérieurs. Enfin, aux termes du n° 2 de l'art. 1251, l'acquéreur, qui paie les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble par lui acquis, est subrogé, non aux droits du vendeur, mais à ceux des créanciers qu'il a désintéressés. Or, c'est le bénéfice de cette subrogation qu'il transporte à son prêteur de deniers, de sorte que la disposition de l'art. 1252 est, en ce qui concerne le vendeur et les créanciers postérieurs à ceux qui ont été désintéressés, sans application possible. Ce qui ne peut laisser aucun doute sur la solution de la question, c'est la réflexion suivante : Le créancier, premier en rang, est évidemment autorisé à subroger dans ses droits le tiers qui le paie ; et, en cas de revente de l'immeuble pour un prix inférieur, cette subrogation assurerait incontestablement au subrogé la préférence sur les créanciers postérieurs et le vendeur. Pourquoi donc en serait-il autrement, lorsque la subrogation, au lieu d'être consentie par le créancier lui-même, l'est en son lieu et place par l'acquéreur ? Voy. en ce sens : Troplong, *Des hypothèques*, I, 234 ; Larombière, III, art. 1252, n° 39 ; de Caqueray, *Revue pratique*, 1858, VI, p. 81 et suiv.; Nîmes, 29 janvier 1861, Sir., 62, 2, 433 ; Req. rej., 28 avril 1863, Sir., 63, 1, 289.

au paiement de telle dette déterminée, et que l'origine des deniers soit déclarée au moment du paiement [33].

L'existence de ces deux conditions, indépendantes l'une de l'autre, et dont le concours est indispensable, ne peut être constatée, d'une manière valable vis-à-vis des tiers, qu'au moyen d'actes notariés, dressés au moment même de l'emprunt et du paiement [34].

[33] Il ne suffit donc pas que l'origine des deniers soit mentionnée dans la quittance, il faut encore que leur destination soit indiquée dans l'acte d'emprunt. Toulouse, 31 mars 1832, Sir., 32, 2, 540.

[34] Gauthier, n° 168, Req. rej., 19 avril 1831, Sir., 31, 1, 432. Toulouse, 31 mars 1832, Sir., 32, 2, 540. Req. rej., 28 janvier 1845, Sir., 45, 1, 456. Orléans, 10 janvier 1850, Sir., 51, 2, 4. Orléans, 3 avril 1851, Sir., 51, 2, 555. Rouen, 21 mai 1852, Sir., 53, 1, 160. Douai, 10 février 1853, Sir., 53, 2, 305. Cpr. Civ. rej., 15 février 1832, Sir., 32, 1, 792; Req. rej., 14 février 1865. Ces arrêts ne sont pas en opposition avec notre doctrine. Voy. en sens contraire : Mourlon, p. 280 et suiv.: Colmet de Santerre, V, 191 *bis*, IX. D'après ces auteurs, il n'est pas nécessaire que l'emprunt et le paiement aient lieu en présence du notaire, de sorte que ces deux opérations pourraient être valablement constatées par des actes passés après coup. La loi, disent-ils, prescrit bien que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés par-devant notaire, mais elle ne demande pas que ces deux actes soient dressés au moment même de l'emprunt ou du paiement. Ce serait donc ajouter à ses prescriptions que d'exiger cette dernière condition ; et cela serait d'autant moins rationnel, que le n° 2 de l'art. 1250 admettant une simple déclaration faite au moment du paiement, comme établissant suffisamment l'identité des deniers qui ont servi à l'effectuer avec ceux qui ont fait l'objet de l'emprunt, l'on ne verrait pas pourquoi on ne se contenterait pas d'une pareille déclaration, à l'effet d'établir que la somme empruntée l'a été pour le paiement de la dette, et que le paiement a été fait avec indication de l'origine des deniers. Cette argumentation ne nous paraît pas concluante. L'identité des deniers n'est qu'un simple fait, pour la vérification duquel la loi a pu s'en remettre aux tribunaux. Si, sous ce rapport, les précautions qu'elle a prises ne sont peut-être pas complètes, ce n'est point un motif de s'écarter de la stricte observation des règles qu'elle a tracées, pour la constatation des éléments conventionnels indispensables à la réalisation de la subrogation. Le but dans lequel ces règles ont été prescrites n'est pas douteux. Le législateur a voulu empêcher que, par des déclarations inexactes, soit sur la destination de la somme empruntée, soit sur l'origine des deniers employés au paiement, on pût établir une subrogation qui n'aurait pas été convenue au moment de l'emprunt, ou qui serait devenue impossible par un paiement pur et simple, et l'on comprend que ce but serait complétement manqué, si des déclarations faites après coup devaient être considérées comme établissant, d'une manière suffisante, la destination des fonds empruntés, ou leur emploi au paiement de la dette.

La subrogation serait donc inefficace à leur égard, si la preuve de l'antériorité, soit de l'emprunt, soit du paiement, résultait expressément ou implicitement des termes mêmes des actes qu'on leur oppose[35].

Du reste, le prêt peut avoir lieu sous forme d'une ouverture de crédit. Dans ce cas, il suffit que celle-ci soit constatée par acte authentique, et il n'est pas nécessaire que les versements successifs de fonds soient établis de la même manière[36].

En dehors des deux conditions exigées par le n° 2 de l'art. 1250, aucune autre n'est requise pour la validité et l'efficacité de la subrogation dont il s'agit. Ainsi, elle s'opère indépendamment de toute déclaration expresse de subrogation, soit dans l'acte d'emprunt, soit dans la quittance[37]. Ainsi encore, il importe peu que les deniers soient remis au créancier par le débiteur, ou par le prêteur, agissant au nom de ce dernier[38]. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire que l'emprunt et le paiement soient constatés par des actes séparés; ils peuvent l'être par un seul et même acte[39]. Enfin, il n'est pas absolument indispensable que l'emprunt et le paiement aient lieu au même moment[40].

Toutefois, si un intervalle plus ou moins long s'était écoulé

[35] Voy. les arrêts cités à la note précédente et à la note 17 *supra*.

[36] Nîmes, 29 janvier 1861, Sir., 62, 2, 443. Req. rej., 28 avril 1863, Sir., 63, 1, 289.

[37] Cette condition n'est, en effet, exigée que pour la subrogation dont s'occupe le n° 1 de l'art. 1250. Le législateur est, avec raison, parti de l'idée que l'accomplissement des formalités prescrites par le n° 2 du même article indique, d'une manière non équivoque, l'intention d'opérer la subrogation. Merlin, *Rép.*, v° Privilége, sect. IV, § 2. Duranton, XII, 133. Toullier, VII, 129. Mourlon, p. 260 à 268. Zachariæ, § 321, note 11.

[38] La prudence conseille au prêteur de ne se dessaisir de ses fonds qu'en recevant la quittance du créancier. Toullier, VII, 133. Duranton, XII, 134 et 135. Mourlon, p. 296. Colmet de Santerre, V, 191 *bis*, XI. Zachariæ, § 321, note 9.

[39] Ce dernier mode est même préférable, en ce qu'il remplit, d'une manière plus complète, le vœu de la loi, et présente plus de sécurité pour le prêteur. Mourlon, p. 294 et suiv.

[40] La loi n'exigeant pas que le paiement ait lieu immédiatement après l'emprunt, et ne fixant pas même le délai dans lequel il doit être effectué, il en résulte que la subrogation peut être admise, alors même qu'il s'est écoulé un certain intervalle de temps entre ces deux faits juridiques. Merlin, *Rép.*, v° Subrogation de personnes, sect. II, § 8, n° 2. Duranton, XII, 136. Toullier, VII,

entre ces deux faits juridiques, il appartiendrait aux tribunaux de déclarer, suivant les circonstances, que le paiement a été fait ou n'a pas été fait avec les deniers empruntés, et, par suite, d'admettre ou de rejeter la subrogation [41].

Si le créancier se refusait à délivrer une quittance notariée, mentionnant l'origine des deniers, le débiteur serait autorisé à lui faire des offres réelles et à consigner le montant de sa dette. Le récépissé du receveur de la caisse des dépôts et consignations équivaudrait à la quittance notariée exigée par la loi [42]. Les offres réelles pourraient même être faites à la requête du bailleur de fonds [43].

3° *Des cas dans lesquels la subrogation a lieu de plein droit.*

La subrogation a lieu de plein droit, en vertu de l'article 1251 [44] :

a. Au profit du créancier, soit hypothécaire, soit chirographaire [45],

132. Grenier, *Des hypothèques*, II, 393. Troplong, *Des hypothèques*, I, 232. Mourlon, p. 274 et suiv. Gauthier, 171. Colmet de Santerre, V, 191 *bis*, X. Zachariæ, *loc. cit.*

[41] Toute fausse déclaration, concernant l'origine et l'identité des deniers au moyen desquels le paiement a été effectué, constituerait une fraude à la loi et aux droits des tiers, susceptible d'être établie à l'aide de simples présomptions. Toullier, Grenier, Troplong, Mourlon, Colmet de Santerre et Zachariæ, *locc. citt.* Orléans, 3 avril 1851, Sir., 51, 2, 555. Req. rej., 16 mars 1852, Sir., 52, 1, 636. Voy. cep. Merlin et Duranton, *locc. citt.*

[42] Ordonnance du 3 juillet 1816, art. 12. Merlin, *Rép.*, v° Consignation, n° 15. Delvincourt, II, p. 559. Toullier, VII, 131. Duranton, XII, 131. Zachariæ, § 321, texte, notes 8 et 9. Colmet de Santerre, V, 191 *bis*, XIII.

[43] Req. rej., 11 juillet 1843, Sir., 44, 1, 379.

[44] Il existe d'autres cas de subrogation légale, établis par des lois spéciales. Cpr. Code de commerce, art. 159 ; Loi du 22 frimaire an VII, art. 29 et 30.

[45] *Lex non distinguit.* Tout créancier, même simplement chirographaire, peut avoir intérêt à rembourser les créanciers qui lui sont préférables, pour empêcher la réalisation des biens du débiteur dans un moment inopportun, ou pour éviter des poursuites dont les frais absorberaient peut-être à son détriment une partie du produit de ces biens. Delvincourt, II, p. 560. Toullier, VII, 140. Duranton, XII, 149 et 153. Troplong, *Des hypothèques*, I, 356. Mourlon, p. 356 et suiv. Marcadé, sur l'art. 1251, n° 2. Gauthier, n° 223. Larombière, III, art. 1251, n° 5. Colmet de Santerre, V, 193 *bis*, III. Zachariæ, § 321, note 13. Douai, 29 novembre 1839, Sir., 40, 2, 214. Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, I, 91. — Outre cet intérêt commun à tout créancier, il en est un

remboursant de ses deniers[46] un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges et hypothèques[47].

Elle s'opère donc au profit du créancier qui solde un autre créancier nanti d'un gage[48]; mais elle n'aurait pas lieu en faveur du créancier qui désintéresserait un autre créancier jouissant d'un simple droit de rétention ou d'un droit d'antichrèse[49].

Bien que la loi semble, par la généralité de ses termes, donner à tout créancier postérieur en rang, la faculté d'offrir à un créancier antérieur le paiement de ce qui lui est dû, à l'effet d'obtenir la subrogation légale dont il est ici question, ce dernier pourrait cependant refuser cette offre, dans le cas où l'exercice de la subrogation serait de nature à lui nuire[50].

autre qui est particulier au créancier jouissant d'une hypothèque spéciale, postérieure en rang à une autre hypothèque plus étendue. Cpr. § 284.

[46] Req. rej., 15 juin 1820, Sir., 21, 1, 28.

[47] Renusson (chap. IV, n° 14) admettait la subrogation en faveur du créancier qui payait un autre créancier, postérieur en rang, ou ayant le même rang que lui; mais cette subrogation ne peut être admise aujourd'hui en présence des termes du n° 1 de l'art. 1251. Toullier, VII, 141. Duranton, XII, 152. Troplong, *Des hypothèques,* I, 357. Gauthier n[os] 221 et suiv. Larombière, III, art. 1251, n° 6; Colmet de Santerre, V, 193 *bis,* II. Zachariæ, § 221, note 13.

[48] Arg. art. 2102, n° 2. Cette solution ne donne lieu à aucune difficulté, lorsque, le gage se trouvant entre les mains d'un tiers convenu entre les parties, il ne devient pas nécessaire de le déplacer. Mais il en serait autrement, s'il avait été remis au créancier lui-même. Il semble que, dans cette hypothèse, le gage ne pourrait être livré par ce dernier au subrogé, que du consentement du débiteur.

[49] La loi n'accorde, en effet, la subrogation légale qu'au créancier payant un autre créancier, qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. Or, le créancier avec droit de rétention ou d'antichrèse ne jouit, à ce titre, d'aucun droit de préférence sur l'immeuble. D'ailleurs, comme tout droit de rétention s'évanouit, lorsque le créancier fait lui-même vendre la chose soumise à ce droit, il n'est pas à craindre qu'il commence, en temps opportun, des poursuites dont les frais diminueraient le gage commun, à son détriment comme au préjudice des autres créanciers. Mourlon, p. 358. Larombière, III, art. 1251, n° 9. Voy. en sens contraire : Marcadé, *loc. cit.*: Gauthier, n° 222 *bis.*

[50] Gauthier, n[os] 256 et suiv. Larombière, III, art. 1251, n° 7. Cpr. Civ. rej., 3 juillet 1854, Sir., 54, 1. 423. — La proposition énoncée au texte trouverait son application, par exemple, dans l'hypothèse suivante : *Primus* a une hypothèque, première en rang, portant cumulativement sur les immeubles A et B, et une hypothèque postérieure, grevant exclusivement l'immeuble B. *Secundus,* qui de son côté a une hypothèque affectant l'immeuble A, offre à

Toutefois, si le créancier postérieur se trouvait personnellement ou hypothécairement obligé à la dette dont il offre le paiement, le créancier antérieur ne serait pas admis à le refuser, sous le prétexte que l'exercice de la subrogation légale pourrait lui porter préjudice[51].

La subrogation s'opère, en second lieu, de plein droit :

b. Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement de créanciers auxquels cet immeuble est hypothéqué.

Cette subrogation a principalement pour but, soit de donner à l'acquéreur le moyen de conserver l'immeuble par lui acquis, sans être obligé de recourir à la purge; soit de lui assurer, s'il se trouvait obligé de purger, le droit de se faire colloquer sur lui-même, au rang hypothécaire des créanciers qu'il a désintéressés.

L'acquéreur ne peut jamais s'en prévaloir pour exercer contre des tiers un recours par suite duquel il serait indirectement dispensé de payer la totalité de son prix[52].

La loi n'accordant la subrogation dont il est ici question qu'à l'acquéreur qui paie le prix de son acquisition, on doit en conclure qu'elle ne peut être invoquée par celui qui, dans la vue d'une acquisition future, aurait désintéressé par anticipation les créanciers hypothécaires[53].

Mais, à d'autres points de vue, les expressions dont se sert le n° 2 de l'art. 1251 ne doivent pas être interprétées d'une manière trop littérale.

Primus de lui payer la créance garantie par sa première hypothèque, afin d'obtenir la subrogation légale à cette hypothèque, ce qui lui donnerait le moyen de se faire colloquer, pour la créance de *Primus*, sur l'immeuble B, et de dégager ainsi l'immeuble A, qui lui est hypothéqué. Mais comme ce résultat porterait atteinte aux intérêts légitimes de *Primus*, dont le gage, pour sa seconde créance, se trouverait absorbé par la collocation de *Secundus* sur l'immeuble B, il est autorisé à refuser l'offre qui lui est faite, afin de conserver le droit qui lui appartient, de se faire colloquer, pour sa première créance sur l'immeuble A, et pour la seconde sur l'immeuble B.

[51] Dans ce cas, en effet, celui qui offre le paiement, puise dans sa qualité de coobligé le droit absolu de se libérer. Art. 1236, al. 1. Gauthier, n°s 303 et suiv. Civ. cass., 21 décembre 1836, Sir., 37, 1, 54.

[52] Req. rej., 31 décembre 1861, Sir., 62, 1, 591.

[53] Toullier, VII, 143. Duranton, XII, 158. Mourlon, p. 384. Larombière, III, art. 1251, n° 21.

C'est ainsi que la subrogation établie par ce numéro doit être admise en faveur de l'acquéreur, même pour les sommes qu'il a payées, aux créanciers hypothécaires, en sus de son prix d'acquisition, ainsi que pour celles qu'il leur aurait versées après avoir déjà payé son prix au vendeur [51].

C'est ainsi encore que la subrogation doit être accordée à l'acquéreur qui a revendu l'immeuble, lorsque le prix de revente, consigné par le sous-acquéreur, a servi à désintéresser les créanciers hypothécaires [55].

De même, le donataire qui a payé de ses deniers les créanciers hypothécaires, jouit, comme l'acquéreur à titre onéreux, du bénéfice de la subrogation [56].

Enfin, celui qui a acquis de bonne foi un immeuble *a non domino*, est admis à s'en prévaloir, tout aussi bien que celui qui a acquis du véritable propriétaire, en ce qui concerne les sommes payées aux créanciers ayant une hypothèque valable sur l'immeuble acquis [57].

Du reste, il n'est pas indispensable que les fonds aient été versés par l'acquéreur en personne : la subrogation ne s'en opérerait pas moins, si le paiement avait été effectué par l'intermédiaire d'un mandataire, par exemple par le notaire, ou même par le vendeur, pourvu que, dans ce dernier cas, il fût bien établi que le vendeur avait reçu les fonds, non en cette qualité, mais comme simple mandataire de l'acquéreur [58]. D'un autre côté, la circonstance que ce dernier aurait payé les créanciers hypothécaires en conformité

[54] Duranton, XII, 157. Marcadé, sur l'art. 1251, n° 2. Larombière, III, art. 1251, n°s 27 et 28. Colmet de Santerre, V, 194 *bis*, V. Zachariæ, § 321, note 13. Voy. aussi les arrêts cités à la note 76 *infra*.

[55] Civ. rej., 29 août 1865, Sir., 65, 1, 433.

[56] La position du donataire, qui paie de ses deniers les créanciers hypothécaires, est la même que celle de l'acquéreur, qui leur verse des sommes supérieures à son prix d'acquisition. L'un et l'autre pourraient, d'ailleurs, invoquer au besoin la disposition du n° 3 de l'art. 1251, puisque tout tiers détenteur est, sinon personnellement, du moins hypothécairement, tenu pour le débiteur, des dettes qui affectent l'immeuble par lui acquis. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1263 à 1265. Duranton, XII, 157. Larombière, III, art. 1251, n° 27.

[57] Mourlon, p. 391 et suiv. Cpr. aussi : Req. rej., 18 mars 1850, Sir., 50, 1, 465.

[58] Larombière, III, art. 1251, n° 17. Colmar, 17 décembre 1825, Sir., 27, 2, 90. Voy. en sens contraire : Mourlon, p. 385 ; Gauthier, n° 290.

d'une délégation contenue dans son acte d'acquisition, ne formerait aucun obstacle à la subrogation [59].

La subrogation, en troisième lieu, s'opère de plein droit :

c. Au profit de celui qui paie une dette dont il était tenu avec d'autres ou pour d'autres.

La subrogation s'opère donc en faveur du codébiteur solidaire, du codébiteur d'une obligation indivisible, même *solutione tantum*, qui paie la dette commune, et du cofidéjusseur, qui acquitte la dette qu'il a cautionnée conjointement avec d'autres [60]. Elle s'opère également en faveur de la caution, du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, et de celui qui, sans s'obliger personnellement, a fourni un gage ou une hypothèque [61].

Mais elle n'a lieu, ni au profit du débiteur simplement conjoint d'une obligation divisible [62], et en faveur de celui qui, par un acte passé avec le débiteur seul, et sans engagement envers ses créanciers, s'est obligé à leur payer certaines sommes [63].

D'un autre côté, elle n'a pas lieu, au profit du sous-entrepreneur qui a payé les ouvriers par lui employés, soit en ce qui concerne l'action qu'ils auraient eue, à défaut de paiement de leurs salaires, à exercer contre l'entrepreneur principal, soit quant au privilége qui pourrait, le cas échéant, leur compéter en vertu de la loi du 26 pluviôse an II [64].

d. Enfin l'héritier bénéficiaire [65], qui a payé de ses deniers des

[59] Zachariæ, § 321, texte 13 *bis*. Civ. cass., 28 décembre 1853, Sir., 54, 1, 719. Civ. cass., 7 novembre 1854, Sir., 54, 1, 715. Voy. en sens contraire : Amiens, 13 août 1824, Sir., 26, 1, 375.

[60] Cpr. art. 1200, 1221 et 1222 et 2025. — Le commissionnaire qui, chargé d'acheter des marchandises pour le compte de son commettant, les paie de ses propres deniers, est aussi, en vertu du n° 3 de l'art. 1251, subrogé de plein droit aux actions du vendeur. Civ. cass., 14 novembre 1810, Sir., 11, 2, 37.

[61] Art. 2029, 2167 et 2168, et arg. de ces art. Colmet de Santerre, V, 195 *bis*, II.

[62] Duranton, XII, 176. Toullier, VII, 149 et suiv.

[63] Paris, 27 novembre 1841, Sir., 42, 1, 50.

[64] Civ. rej., 12 février 1866, Sir., 66, 1, 94.

[65] L'héritier bénéficiaire a un grand intérêt à libérer l'hérédité, qui doit lui appartenir après le paiement des dettes et charges dont elle est grevée. — Le bénéfice de la subrogation admise en faveur de l'héritier bénéficiaire, ne peut être invoqué par le curateur à succession vacante, qui n'a pas le même intérêt à dégrever l'hérédité, et qui, en le faisant, n'agit que comme mandataire ou *negotiorum gestor*. Mourlon, p. 476 et 477. Gauthier, n° 550. Larombière, III,

dettes de la succession[66], est aussi légalement subrogé aux droits et actions des créanciers qu'il a désintéressés.

Du reste, la subrogation ne s'opère, dans les quatre hypothèses qui viennent d'être indiquées, que par suite d'un paiement effectif[67], et au profit de celui qui a fait le paiement[68]. Ainsi, les créanciers hypothécaires, inutilement colloqués dans un ordre ouvert pour la distribution du prix d'immeubles vendus sur l'un des débiteurs, sur une caution, ou sur un tiers détenteur, ne sont pas légalement subrogés au bénéfice de la subrogation légale qui s'est opérée, en vertu du n° 3 de l'art. 1251, au profit de la personne dont les biens ont servi à payer les créanciers utilement colloqués[69].

Mais il n'est pas nécessaire que le paiement, invoqué comme fondement de la subrogation, soit constaté par un acte authentique, ni même, quand il l'est par un acte sous seing privé, que cet acte ait acquis date certaine[70].

En examinant le fondement sur lequel repose la subrogation légale, on reconnaît qu'elle a toujours son principe dans l'intérêt qu'avait le subrogé à payer la dette qu'il a acquittée. Ce motif, textuellement énoncé dans le n° 3 de l'art. 1251, se rencontre également dans les autres cas de subrogation établis par cet article. Mais ce n'est point une raison pour étendre à tout tiers intéressé à l'acquittement d'une dette, le bénéfice de la subrogation légale, qui ne peut être admise que dans les hypothèses prévues par la loi[71]. C'est ainsi notamment que ce bénéfice n'appartient pas au

art. 1251, n° 79. Zachariæ, § 321, note 18. Voy. en sens contraire : Renusson, chap. VII, n° 77 ; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Subrogation, n° 55 ; Toullier, VII, 155 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1272.

66 L'expression *dettes*, prise ici, comme dans l'art. 802, n° 1, *sensu lato*, comprend également les charges de l'hérédité, notamment les droits de mutation. Duranton, XII, 177. Larombière, III, art. 1251, n° 72. Bordeaux, 15 février 1849, Sir., 49, 2, 536. Paris, 19 janvier 1854, Sir., 54, 2, 752.

67 Zachariæ, § 321, note 19. Civ. rej., 14 juillet 1813, Sir., 14, 1, 38.

68 Req. rej., 15 juin 1820, Sir., 21, 1, 28. Nîmes, 24 février 1845, Sir., 46, 2, 253. Civ. cass., 13 février 1866, Sir., 66, 1, 197.

69 Req. rej. 1er août 1839, Sir., 39, 1, 970. Bourges, 31 janvier 1852, Sir., 53, 2, 135.

70 Gauthier, n° 291. Larombière, III, art. 1251, n° 19. Req. rej., 14 juillet 1813, Sir., 14, 1, 38. Req. rej., 11 août 1852, Sir., 53, 1, 299.

71 Toullier, VII, 139. Duranton, XII, 180 et 181. Marcadé, sur l'art. 1251, n° 1. Larombière, III, art. 1251, n° 3. Req. rej., 4 juin 1820, Sir., 21, 1, 28.

créancier, qui rembourse un autre créancier venant après lui, quelque intérêt qu'il ait à le faire[72].

4° *Des effets de la subrogation.*

Par l'effet de la subrogation, qu'elle soit légale ou conventionnelle[73], le subrogé entre, en général, dans tous les droits et actions du créancier payé, non-seulement contre le débiteur et les tiers personnellement ou hypothécairement obligés à la dette, mais encore contre ceux qui se trouvaient soumis envers ce créancier à un recours en garantie ou en indemnité à raison de sa créance[74].

Cette substitution du subrogé à tous les droits du créancier s'applique même au bénéfice de l'action résolutoire, compétant au vendeur pour défaut de paiement du prix[75]. D'un autre côté, elle n'est pas restreinte, dans l'hypothèse prévue par le n° 2 de l'art. 1251, aux droits du créancier sur l'immeuble acquis; elle s'étend, en outre, à toutes les autres sûretés attachées à la créance[76].

[72] Cpr. note 47 *supra*.

[73] La subrogation produit en principe les mêmes effets, quelles que soient la cause d'où elle procède et la manière dont elle s'établit.

[74] C'est ce qui résulte de la nature même de la subrogation, et de la combinaison des art. 1249, 1250, n° 1, et 1252. Si, dans ce dernier article, le législateur a cru devoir spécialement énoncer que la subrogation a lieu *tant contre les cautions que contre les débiteurs*, ce n'a été que pour faire cesser une diversité de jurisprudence, qui existait autrefois à cet égard entre certains parlements, et nullement dans un but limitatif. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XII, p. 274, n° 44). Req. rej., 9 mars 1837, Dalloz, 1837, 1, 266. Civ. rej., 3 avril 1861, Sir., 61, 1, 586. Civ. cass., 9 décembre 1863, Sir., 64, 1, 177.

[75] Mourlon, p. 37 et 167. Gauthier, n° 107. Larombière, III, art. 1251, n° 13. Grenoble, 5 janvier 1826, Dev. et Car., *Collect. nouv.*, VIII, 2, 172. Bourges, 19 juin 1838, Sir., 53, 2, 481, à la note. Rouen, 15 mai 1852, Sir., 53, 2, 76. Paris, 30 juin 1853, Sir, 53, 2, 481. Grenoble, 13 mars 1858, Sir., 59, 2, 209. Voy. en sens contraire : Coin-Delisle, *Revue critique*, 1854, IV, p. 317, n° 6.

[76] D'après l'ancienne jurisprudence, la subrogation, en pareil cas, était toute spéciale, et ne s'étendait pas au delà des droits du créancier sur l'immeuble acquis. Mais, en présence de la disposition du n° 2 de l'art 1251, combinée avec les art. 1249 et 1252, cette solution ne peut plus être admise. Il y a d'autant moins lieu de s'y arrêter, que l'acquéreur pourrait, au besoin, invoquer le bénéfice de la subrogation établie par le n° 3 de l'art. 1251. Delvincourt, II, p. 562. Grenier, *Des hypothèques*, II, 496. Toullier, VII, 145, note 2. Duranton, XII, 161. Troplong, *Des hypothèques*, I, 359. Mourlon, p. 388. Gauthier,

Il est, toutefois, bien entendu que l'effet de la subrogation à des hypothèques ou priviléges est subordonné à la condition de la conservation de ces droits par le subrogé [77].

La règle d'après laquelle le subrogé entre dans tous les droits et actions du créancier est soumise aux modifications suivantes :

a. Le subrogé ne peut exercer les droits et actions du créancier que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a déboursée pour la libération du débiteur [78].

Il résulte de là que, quand le créancier a accordé une remise sur le montant de la dette, le subrogé n'est autorisé à répéter que la somme qu'il a réellement payée. Il en résulte encore que, si la créance remboursée n'était pas productive d'intérêts, le subrogé ne serait pas admis à faire valoir la subrogation en ce qui concerne les intérêts de la somme par lui payée, et ne pourrait les réclamer contre le débiteur, que *actione mandati vel negotiorum gestorum* [79].

b. L'effet de la subrogation conventionnelle peut être restreint, à certains droits et actions, par le créancier ou le débiteur qui la consent.

c. La subrogation légale, établie au profit des personnes qui ont payé une dette à laquelle elles étaient tenues avec d'autres [80],

n° 270. Larombière, III, art. 1251, n° 25. Colmet de Santerre, V, 195 *bis*, III. Zachariæ, § 321, note 14. Civ. cass., 15 janvier 1833, Sir., 33, 1, 81. Paris, 20 décembre 1834 et 19 décembre 1835, Sir., 36, 2, 159, Civ. cass., 21 décembre 1836. Sir., 37, 1, 54. Req. rej., 15 avril 1844, Sir., 44, 1, 849. Alger, 18 janvier 1868, Sir., 68, 1, 319. Voy. en sens contraire : Bourges, 10 juillet 1829, Sir., 30, 2, 19; Paris, 10 juin 1833, Sir., 33, 2, 451.

[77] Req. rej., 1er juillet 1857, Sir., 58, 1, 206. — La proposition énoncée au texte s'applique même à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, qui a désintéressé les créanciers hypothécaires premiers en rang. Voy. § 280, texte n° 2, et note 22.

[78] Ce principe, qui découle de la nature même de la subrogation, est généralement reconnu, même en ce qui concerne la subrogation consentie par le créancier. Voy. les autorités citées à la note 23 *supra*. Cependant, dans cette hypothèse, il peut s'élever des difficultés sur le point de savoir si l'opération constitue un simple paiement avec subrogation, ou une cession-transport. Voy. à ce sujet : texte n° 1, *in fine, supra*.

[79] Il en serait autrement, à notre avis, si la créance remboursée était productive d'intérêts, puisque cette créance, bien qu'éteinte au regard du créancier, continue de subsister, avec tous ses avantages, dans l'intérêt du subrogé. Larombière, III, art. 1252, n° 11.

[80] Celui qui, étant simplement tenu pour d'autres, a payé la totalité de la

ne les autorise à exercer les droits et actions du créancier contre leurs coobligés, que jusqu'à concurrence de la part pour laquelle chacun de ces derniers est tenu de contribuer au paiement de la dette [81]. Il en est ainsi, dans le cas même où le coobligé qui a payé, s'est fait conventionnellement subroger aux droits et actions du créancier [82].

d. Le tiers détenteur de l'un des immeubles hypothéqués, qui a payé la totalité de la dette, ne peut exercer l'action hypothécaire contre les détenteurs des autres immeubles hypothéqués, que dans la proportion de la valeur comparative de ces immeubles et du sien propre [83].

e. La subrogation légale au profit du tiers détenteur d'un immeuble grevé d'hypothèques du chef du débiteur principal ne l'autorise pas à poursuivre la caution, encore que l'hypothèque n'ait été établie que postérieurement au cautionnement [84]. La caution,

dette, est, à la différence de celui qui est tenu avec d'autres, pleinement subrogé aux droits du créancier, et le recours dont il jouit contre les principaux obligés n'est pas soumis aux restrictions indiquées par les art. 875, 1214 et 2033. Bordeaux, 14 mars 1865, Sir., 65, 2, 256.

[81] Art. 875, 1213, 1214, al. 1, 2033, et arg. de ces articles.

[82] La subrogation conventionnelle ne peut produire des effets plus étendus que ceux qui sont attachés à la subrogation légale. Art. 875, et arg. de cet article. Renusson, chap. VIII. Pothier n° 281. Delvincourt, II, p. 504. Duranton, XI, 243 et 844, et XII, 168. Mourlon, p. 47. Colmet de Santerre, V, 148 *bis*, I et II. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 163 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, 1286. Quant à Zachariæ, il donne sur la question deux solutions contradictoires, à la note 31 du § 298, et à la note 20 du § 321.

[83] Arg. art. 875, 1213, 1214, al. 1, et 2033. Grenier, *Des hypothèques*, II, 494. Troplong, *Des hypothèques*, IV, 788 *ter*. Larombière, III, art. 1251, n° 28. Colmet de Santerre, V, 197 *bis*, VI à IX. Cpr. Douai, 27 mai 1846, Sir., 40, 2, 468 ; Angers, 10 mars 1841, Sir., 41, 2, 187. Voy. en sens contraire : Gauthier, n° 468.

[84] La question pouvait être douteuse sous notre ancienne législation, qui admettait les hypothèques occultes ; mais elle ne nous paraît plus susceptible de difficultés dans le système actuel de législation, fondé sur le principe de la publicité des hypothèques. Le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, qui paie le prix de son acquisition sans recourir aux formalités de la purge, commet une imprudence, dont il doit supporter les conséquences, sans pouvoir s'en rédimer au détriment de la caution. D'ailleurs, celle-ci n'ayant aucun moyen de s'opposer à l'aliénation des immeubles hypothéqués, il ne serait pas juste que sa position pût être détériorée par le fait de cette aliénation. A ces raisons géné-

au contraire, qui paie une dette garantie par une hypothèque établie sur les biens du débiteur principal, peut, conformément à la règle ci-dessus posée, exercer contre le tiers détenteur tous les droits et actions du créancier [85].

f. Lorsqu'une dette se trouve garantie, tout à la fois, par un cautionnement, et par une hypothèque qu'a fournie un tiers qui ne s'est point personnellement obligé, le tiers et la caution ne peuvent, quoique subrogés aux droits et actions du créancier, exercer de recours, l'un contre l'autre, que jusqu'à concurrence de la moitié de la somme payée à ce dernier [86]. Encore, le recours de la caution

rales, vient encore se joindre un motif spécial pour le cas où l'hypothèque a été constituée dès avant ou en même temps que le cautionnement. Dans ce cas, en effet, la caution a pu légitimement compter sur l'hypothèque, comme garantie de l'engagement personnel qu'elle contractait. Arg. art. 2037. Mourlon, p. 84 et suiv. Gauthier, n° 456. Colmet de Santerre, V, 197 *bis*, X. Voy. en sens contraire : Troplong, *Des hypothèques*, III, 800; *Du cautionnement*, n° 429. L'argument principal qu'invoque cet auteur est tiré de l'art. 2170, qui donne au tiers détenteur la faculté de requérir la discussion des immeubles hypothéqués, demeurés en la possession *du principal ou des principaux obligés*, expressions sous lesquelles la caution se trouverait, selon lui, également comprise. Cet argument serait concluant sans doute, en faveur du moins des tiers détenteurs qui jouissent du bénéfice de discussion, si l'on devait admettre, avec M. Troplong, que la caution se trouve comprise au nombre de ceux que l'art. 2170 qualifie de *principaux obligés*. Dans cette supposition, en effet, il faudrait bien reconnaître que le législateur a voulu faire au tiers détenteur une position plus favorable qu'à la caution. Mais cette supposition ne nous paraît pas exacte ; le sens naturel et ordinaire des termes *principaux obligés*, résiste à une pareille interprétation ; les cautions ne sont, pas plus que les tiers détenteurs, principalement obligées, puisqu'elles ne le sont pas pour elles-mêmes ; de même que les tiers détenteurs, elles ne sont tenues qu'accessoirement de la dette d'autrui. Indépendamment de cette critique, qui s'attaque au fond même du système de M. Troplong, nous ajouterons qu'il s'élève contre ce système une objection très-grave. L'argumentation de cet auteur s'appliquant aux acquéreurs à titre gratuit, aussi bien qu'aux acquéreurs à titre onéreux, il en résulterait que les premiers pourraient, tout aussi bien que les seconds, recourir contre la caution, et cette conséquence nous paraît complétement inadmissible. Cpr. aussi : Larombière, III, art. 1251, n° 19.

[85] Cette proposition, corrélative à la précédente, se justifie par les mêmes raisons. Mourlon, p. 413 et suiv. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Troplong, *Du cautionnement*, n° 366.

[86] Ponsot, *Du cautionnement*, n° 283. Mourlon, p. 425 et suiv. Colmet de Santerre, V, 197 *bis*, XI. Voy. en sens contraire : Troplong, *op. cit.*, n° 427. Suivant cet auteur, la caution qui a payé ne pourrait exercer aucun recours

contre le tiers qui a fourni l'hypothèque, ne peut-il jamais excéder la moitié de la valeur des biens hypothéqués [87].

En cas de non-existence de la créance qui a fait l'objet du paiement avec subrogation, le subrogé jouit contre le créancier de l'action en répétition de l'indû [88].

contre le tiers qui a fourni l'hypothèque, tandis que ce dernier serait, en cas de paiement, autorisé à répéter contre celle-ci la totalité de la somme par lui déboursée. Son argumentation se résume à dire : que le tiers qui a fourni l'hypothèque n'est pas tenu de payer ; que tout ou moins il n'est obligé que *re tantum* et à défaut seulement des obligés personnels ; qu'en tout cas, son obligation est moins étroite que celle de la caution. La première de ces propositions ne nous paraît pas soutenable : le tiers qui a fourni l'hypothèque est évidemment tenu de payer, sauf à s'affranchir de cette obligation par le délaissement : et M. Troplong le reconnaît si bien, qu'il n'hésite pas à lui accorder, lorsqu'il paie, la subrogation légale établie par le n° 3 de l'art. 1251. La seconde proposition repose sur une interprétation de l'art. 2170, que nous croyons avoir suffisamment réfutée à la note 84 *supra*. Quant à la troisième, quelque spécieuse qu'elle paraisse, elle n'est pas, à notre avis, plus exacte que les deux précédentes. Vis-à-vis du créancier, l'obligation de la caution, tenue sur tout son patrimoine, est sans doute plus étendue que celle du tiers qui a fourni l'hypothèque, puisqu'il n'est tenu que sur l'immeuble hypothéqué. Mais, en ce qui concerne les rapports respectifs de ces deux personnes, il n'existe, en réalité, aucune différence entre elles : ce sont deux tiers, tenus de la dette d'autrui, l'un hypothécairement, l'autre personnellement, qui doivent être placés sur la même ligne quant au bénéfice de la subrogation.

[87] Mourlon, p. 433 à 435. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Voy. cep. Ponsot, *op. cit.*, n° 285. D'après cet auteur, la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur devrait toujours se répartir, par portions viriles, entre la caution et le tiers qui a fourni l'hypothèque, quelle que fût la valeur de l'immeuble hypothéqué comparativement au montant de la dette cautionnée. Ce mode de répartition ne nous paraît pas admissible. S'il s'agissait de deux cautions personnelles, dont l'une aurait garanti la totalité de la dette, et l'autre la moitié seulement, il est évident que cette dernière n'aurait à contribuer avec la première que proportionnellement à la portion de la dette par elle garantie. Or, le tiers qui a hypothéqué un immeuble dont la valeur est inférieure à la dette n'est réellement caution que jusqu'à concurrence de cette valeur, et le même principe de répartition doit dès lors lui être appliqué.

[88] Cette proposition ne peut souffrir aucune difficulté en matière de subrogation consentie par le créancier ou de subrogation légale, puisque, dans l'une et dans l'autre, il s'établit un rapport immédiat et direct entre le subrogé qui paie et le créancier qui reçoit le paiement. Cpr. art. 1376. Quant à la subrogation consentie par le débiteur, nous ferons remarquer que la quittance devant mentionner l'origine des deniers, le paiement est, même au regard du créancier, à

La subrogation ne peut jamais nuire au créancier[89]. Lorsque celui-ci n'a été payé qu'en partie, il est autorisé à exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû sur la créance partiellement acquittée[90], par préférence au subrogé. Art. 1252[91].

considérer comme fait par le tiers qui a fourni les fonds au moyen desquels il a été effectué. Cpr. Duranton, XII, 138. — *Quid.* du cas où le subrogé serait évincé de l'hypothèque attachée à la créance formant l'objet de la subrogation ? Cpr. Mourlon, p. 391 et suiv.; Gauthier, nos 293 et suiv. : Paris, 5 juillet 1854, Sir., 54, 2, 651.

89 *Nemo contra se subrogasse censetur.* Cette proposition est de toute justice ; mais la conséquence qu'en tire l'art. 1252, dans sa dernière disposition, ne nous paraît pas rigoureusement exacte. Supposons un créancier hypothécaire de 10,000 fr., qui reçoit à compte de sa créance une somme de 5,000 fr., pour laquelle la personne qui a effectué le paiement, se trouve subrogée à ses droits. Le débiteur est exproprié, et le résultat de cette expropriation présente 5,000 fr. à distribuer entre le créancier originaire et le subrogé. D'après la dernière disposition de l'art. 1252, ces 5,000 fr. devront être attribués en totalité au créancier originaire, qui se trouvera ainsi payé de la totalité de sa créance, et le subrogé sera inutilement colloqué. Il eût été, à notre avis, plus équitable, en plaçant sur la même ligne le créancier originaire et le subrogé, de partager entre eux la somme à distribuer au prorata de leurs créances respectives, ce qui, dans l'espèce proposée, donnerait à chacun 2,500 fr. La subrogation ne causerait ainsi aucun préjudice au créancier originaire, qui, recevant 5,000 fr. du subrogé, et 2,500 fr. en vertu de sa collocation, toucherait en total 7,500 fr., tandis qu'il n'en aurait eu que 5,000, s'il n'avait reçu du subrogé un paiement partiel qui a réduit sa créance à 5,000 fr. Duranton, XII, 186. Marcadé, sur l'art, 1252, n° 2. Voy. cep. Colmet de Santerre (V, 197 *bis*, XIV). Cet auteur prétend justifier la disposition de l'art. 1252, en disant que la subrogation nuirait effectivement au créancier s'il devait concourir avec le subrogé, puisque ce concours ne se serait pas produit dans le cas où le paiement aurait été fait par le débiteur. Cette observation, qui suppose que le créancier eût reçu le paiement du débiteur lui-même et de ses propres fonds, ne répond pas à notre critique. La circonstance même que le créancier a accepté, sous condition de subrogation, un paiement partiel qu'il était maître de refuser, prouve qu'il n'avait pas l'espoir de se faire payer par le débiteur lui-même, et qu'il avait intérêt à accepter le paiement partiel qui lui était offert.

90 Et non pour ce qui pourrait lui être dû à d'autres titres. Merlin, *Rép.*, v° Subrogation de personnes, sect. II, § 8, n° 7. Toullier, VII, 169. Duranton, XII, 184. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Subrogation, n° 60. Civ. rej., 27 novembre 1832, Sir.. 33, 1, 115.

91 L'application de cet article suppose qu'il existe, au profit du créancier, un droit de préférence résultant d'un privilége, ou d'une hypothèque. Si la créance était purement chirographaire, le créancier ne pourrait pas, contrairement à

Toutefois, ce droit de préférence n'appartient qu'au créancier originaire et à ceux auxquels il l'aurait transmis par voie de cession[92]. Ainsi, quand plusieurs personnes ont été successivement subrogées dans des portions d'une seule et même créance, elles concourent entre elles dans la proportion des sommes pour lesquelles elles sont devenues créancières, sans aucune distinction tirée, soit de la date, soit de l'origine des subrogations[93].

l'art. 2893, se faire payer par préférence au tiers dont il n'a reçu qu'un paiement partiel, en se prévalant contre lui de la subrogation. Le tiers, en effet, peut, en faisant abstraction de la subrogation, se présenter comme créancier du débiteur, soit en vertu du prêt qu'il lui a fait, soit comme mandataire ou *negotiorum gestor*. Duranton, XII, 186. Mourlon, p. 19. Marcadé, sur l'art. 1252, n° 2. Gauthier, n° 65. — Il en serait ainsi, dans le cas même où la créance chirographaire serait garantie par un cautionnement, de sorte que le créancier qui n'aurait reçu qu'un paiement partiel ne pourrait se faire payer sur les biens de la caution par préférence au subrogé. Larombière, III, art. 1252, n° 27. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*

92 Delvincourt, II, p. 564. Duranton, XII, 187 et 189. Grenier, *Des hypothèques*, I, 93. Troplong, *Des hypothèques*, I, 379. Mourlon, p. 21. Marcadé, *loc. cit.* Paris, 18 mars 1837, Sir., 37, 2, 243. Cpr. Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, sect. II, § 8. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 170.

93 Renusson, chap. XVI, et addition à ce chapitre. Pothier, *Coutume d'Orléans*. Introduction au titre XX, n° 87. Merlin, *op et loc. citt.* Toullier, VII, 170. Delvincourt, *loc. cit.* Persil, *Des hypothèques*, sur l'art. 2103, § 2. Grenier, *Des hypothèques*, I, 93. Duranton, XII, 188 et 189. Troplong, *Des hypothèques*, I, 379. Taulier, IV, p. 375. Marcadé, *loc. cit.* Pont, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 115 à 117. Gauthier, n° 68. Larombière, III, art. 1252, n° 36. Zachariæ, § 321, texte *in fine*, et note 22. Paris, 13 mai 1815, Sir., 16, 2, 338. Dijon, 10 juillet 1848, Sir., 48, 2, 609. Voy. cep. Mourlon, p. 38 et suiv., et *Revue pratique*, 1856, I, p. 260. Cet auteur enseigne que, dans le cas de plusieurs subrogations successives, les derniers subrogés doivent être préférés aux premiers. Les raisons sur lesquelles il fonde cette opinion sont sans valeur, quand il s'agit de subrogation légale ou de subrogation consentie par le débiteur, et ne ne nous paraissent même pas de nature à faire prévaloir son sentiment, en fait de subrogation consentie par le créancier. La règle posée par l'art. 1252 a été empruntée à notre ancienne jurisprudence, sous l'empire de laquelle il était généralement admis que les personnes successivement et partiellement subrogées à une même créance devaient venir en concurrence ; et, à défaut d'indication contraire, il est à supposer que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer cette doctrine. D'ailleurs, la règle énoncée dans l'art. 1252 est difficile à justifier en théorie (cpr. note 89 *supra*) ; et c'est une raison de plus pour en restreindre l'application au cas spécialement déterminé par cet article.

C. *Des offres réelles et de la consignation.*

§ 322.

Les règles relatives à la forme des offres réelles et de la consignation varient suivant la nature de l'objet de la prestation.

1° Lorsque le créancier d'une somme d'argent refuse d'en recevoir le paiement, le débiteur[1] est autorisé à se libérer au moyen d'une consignation précédée d'offres réelles[2]. Art. 1257[3].

Il faut, pour la validité des offres réelles :

a. Qu'elles soient faites par un officier ministériel, ayant caractère pour ces sortes d'actes[4]. Art. 1258, n° 7.

b. Qu'elles soient constatées par un procès-verbal, dans lequel cet officier indique le nombre et la qualité des espèces offertes, et mentionne, d'une manière précise, la réponse du créancier, ainsi que sa signature, son refus de signer, ou sa déclaration de ne pouvoir le faire. Code de procédure, art. 812 et 813.

c. Qu'elles soient faites au lieu spécialement indiqué pour le paiement[5]. A défaut d'indication de cette nature, les offres réelles

[1] Tout ce que nous disons ici du débiteur s'applique également au tiers, intéressé ou non à l'acquittement de l'obligation, qui veut en effectuer le paiement. Art. 1236 cbn. 1258, n° 2. Cpr. § 321, texte n° 2, *in fine*, notes 42 et 43.

[2] On les appelle ainsi, en les opposant aux offres purement verbales, pour indiquer qu'elles doivent être accompagnées de la représentation effective de la somme due. Cpr. Toullier, VII, 188 ; Duranton, XII, 200.

[3] Il est même des cas où le débiteur peut consigner la somme par lui due sans offres réelles, préalables. C'est ce qui a lieu lorsque le porteur d'un effet négociable ne se présente pas, pour en réclamer le paiement, dans les trois jours qui suivent son échéance. Loi du 6 thermidor an III. Il en est encore ainsi dans les deux hypothèses prévues par l'art. 777 du Code de procédure. On doit également admettre que le tiers-saisi peut, sans offres réelles préalables, et sans jugement qui l'y autorise, consigner le montant de sa dette. Larombière, III, art. 1259, n° 16. Orléans, 17 janvier 1854, Sir., 54, 2, 500.

[4] Les notaires ont, aussi bien que les huissiers, qualité pour faire des offres réelles. Arg. L. 25 ventôse an XI, art. 1, et Code de commerce, art. 173. Toullier, VII, 199 et 201. Marcadé, sur l'art. 1258, n° 2. Colmet de Santerre, V, 203 *bis*, IV. Zachariæ, § 322, note 5. Lyon, 14 mars 1827, Sir., 28, 2, 5. Agen, 17 mai 1836, Sir., 37, 2, 123. Bordeaux, 30 juin 1836, Sir., 37, 2, 79. Voy. cep. Carré, *Lois de la procédure civile*, III, n° 2783 ; Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 492. Cpr. Nîmes, 22 août 1809, Sir., 10, 2, 553.

[5] Hors du cas spécialement prévu par l'art. 584 du Code de procédure, les

devraient être faites à la personne du créancier, à son domicile réel, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention [6]. Art. 1258, n° 6. Ainsi, elles ne seraient pas valablement faites au domicile élu, en vertu de l'art. 2148, dans une inscription hypothécaire [7]. Elles ne pourraient pas davantage avoir lieu au domicile élu dans un commandement préalable à la saisie immobilière [8]. A plus forte raison, seraient-elles irrégulièrement faites à l'audience, hors la présence du créancier [9]. Mais, en vertu d'une exception spéciale, établie par l'art. 584 du Code de procédure, elles peuvent être valablement signifiées au domicile élu dans le commmandement préalable à la saisie mobilière; et ce, dans le cas même où la convention contiendrait indication d'un lieu de paiement.

d. Il faut enfin que le paiement offert réunisse toutes les conditions exigées pour sa validité, et ne porte point atteinte aux droits du créancier [10]. Art. 1258, n°s 1 à 5.

offres réelles seraient nulles, si elles n'avaient pas été faites au lieu indiqué pour le paiement. Toullier, VII, 196. Req. rej., 28 avril 1814, et Civ. rej., 8 avril 1818. Dev. et Car., *Coll nouv.*, IV, 1, 559, V, 1, 459.

6 Lorsque l'officier ministériel ne trouve personne au domicile auquel doivent se faire les offres réelles, il se conforme aux dispositions de l'art. 68 du Code de procédure. Duranton, XII, 217. Colmet de Santerre, V, 203 *bis*, III.—Cpr. relativement au cas où le créancier demeure hors du territoire continental de l'Empire ou à l'étranger : Code de procédure, art. 69, n°s 8 et 9.

7 Grenoble, 20 août 1853, Sir., 54, 2, 457. Civ. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 282.

8 La disposition exceptionnelle de l'art. 584 du Code de procédure ne saurait être étendue de la saisie mobilière à la saisie immobilière. Le motif d'urgence qui a fait établir cette disposition ne se rencontre pas dans la poursuite en expropriation forcée. Merlin, *Rép.*, v° Saisie immobilière, § 6, art. 1, n° 1. Larombière, III, art. 1259, n° 13. Aix, 24 février 1844, Sir., 44, 2, 333. Rouen, 13 juin 1845, Sir., 46, 2, 77. Civ. rej., 5 mars 1849, Sir., 49, 1, 646. Voy. en sens contraire : Chauveau, sur Carré, *Quest.*, 2425 *bis* ; Nîmes, 23 janvier 1827, Sir., 28, 2, 149 ; Req. rej.. 12 janvier 1842, Sir., 42, 1, 138 ; Bordeaux, 13 juillet 1849, Sir., 50, 2, 524.

9 Req. rej., 18 février 1840, Sir., 40, 1, 357. Req. rej., 23 février 1859, Sir., 60, 1, 533. Pau, 5 avril 1865, Sir., 65, 2, 241.

10 Il serait superflu de rappeler ici les conditions exigées pour la validité du paiement : elles ont été développées aux §§ 316 et 317. Cpr. Colmet de Santerre, V, 203 ; Zachariæ, § 322, texte et note 4 ; Bordeaux, 3 avril 1835, Sir., 35, 2, 410. — *Quid juris*, dans le cas où la somme offerte est supérieure à la somme due ? Cpr. Delvincourt, II, p. 546 ; Toullier, VII, 193 et 194.

Lorsque le créancier accepte les offres, l'officier ministériel exécute le paiement contre la quittance qui lui en est remise; et les frais des offres restent à la charge du créancier, à supposer qu'il soit établi que ce dernier avait antérieurement refusé le paiement offert à l'amiable[11].

En cas de non-acceptation des offres réelles[12], le débiteur n'est point obligé d'en faire juger la validité[13]; il peut immédiatement[14] procéder à la consignation, sans avoir besoin de s'y faire autoriser par justice[15]. Art. 1259. Code de procédure, art. 814.

Il faut seulement pour la validité de la consignation (art. 1259):

a. Qu'elle ait été précédée d'une sommation[16], signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la somme offerte sera déposée;

b. Que le débiteur se dessaisisse réellement de la somme offerte, en la remettant, avec les intérêts jusqu'au jour de la consignation, dans le dépôt indiqué à cet effet par la loi[17];

[11] Arg. art. 1260. Cpr. Maleville, sur l'art. 1260; Delvincourt, II, p. 551; Favard, *Rép.*, v° Offres réelles, n° 9; Pigeau, II, p. 404; Duranton, XII, 224; Marcadé, sur l'art. 1260, n° 2; Colmet de Santerre, V, 205 *bis*, I. Voy. en sens contraire: Toullier, VII, 203 et 219. En invoquant, à l'appui de son opinion, l'art. 1248, Toullier confond évidemment les frais du paiement et ceux des offres réelles.

[12] Cette hypothèse comprend également le cas où le créancier refuse expressément les offres réelles, et celui où il les refuse tacitement par son absence ou son silence. *Non obstant*, Code de procédure, art. 813 et 814 : Voy. art. 1258, n° 6, et 1259, n° 3.

[13] Mais il peut le faire, pour éviter de rester dans l'incertitude sur sa libération. Cpr. Code de procédure, art. 815. Duranton, XII, 227. Colmet de Santerre, V, 204 *bis*, I. Zachariæ, § 322, note 7. Bordeaux, 16 janvier 1833, Sir., 33, 2, 180.

[14] La loi ne prescrit aucun délai entre les offres et la consignation. Toullier, VII, 233. Zachariæ, § 322, note 6. Civ. rej., 5 décembre 1826, Sir., 27, 1. 308.

[15] Il en est ainsi, même dans le cas où une demande en nullité a été dirigée contre les offres réelles. Arg. Code de procédure, art. 816. Zachariæ, § 322, note 7.

[16] Cette sommation peut être faite par le procès-verbal qui constate les offres réelles. Zachariæ, § 322, note 8.

[17] D'après la loi du 28 nivôse an XII, c'était la caisse d'amortissement qui était chargée de recevoir les consignations. Mais la loi du 28 avril 1816 (art. 110 et 111) a créé à cet effet une caisse spéciale, connue sous le nom de *caisse des consignations*. Cette caisse a été organisée par une ordonnance royale du 22 mai

c. Que la consignation soit constatée par un procès-verbal, dressé par un officier ministériel [18], et dans lequel cet officier mentionne, outre la consignation elle-même, la nature des espèces offertes [19], le refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou sa non-comparution lors de la consignation;

d. Enfin, qu'en cas de non-comparution du créancier à la consignation, le procès-verbal ci-dessus indiqué lui soit signifié avec sommation de retirer la somme déposée.

2° Lorsque l'objet qui forme la matière de la prestation est une chose déterminée dans son individualité, et qui doit être livrée au lieu où elle se trouve, on suit les dispositions de l'art. 1264 [20].

3° Si l'objet dû, quoique déterminé dans son individualité, doit être livré dans un lieu différent de celui où il se trouve, le débiteur procédera d'abord à la translation de cet objet au lieu indiqué pour la livraison, et se conformera pour le surplus aux dispositions de l'art. 1264.

4° Enfin, si l'objet dû n'est déterminé que quant à son espèce, le débiteur doit, dans la sommation à faire d'après l'art. 1264, déterminer, par des indications précises, l'objet qu'il entend livrer, et procéder, pour le surplus, conformément aux dispositions de cet article [21].

1816 ; et ses attributions ont été déterminées par une autre ordonnance du 3 juillet suivant. Les préposés de la caisse des consignations sont : à Paris, le caissier ; dans les chefs-lieux de département, les trésoriers-payeurs généraux ; et dans les chefs-lieux d'arrondissement, les receveurs particuliers des finances.

18 L'art. 1259 dit par *l'officier ministériel* : mais il ne faut pas conclure de cette rédaction que le procès-verbal de la consignation doive être dressé par le même officier ministériel qui a procédé aux offres réelles. — Cpr. sur ce qu'on doit entendre par officier ministériel : note 4 *supra*. — Il est bien évident, du reste, que la consignation serait nulle, si le procès-verbal en était dressé par le préposé de la caisse des consignations. Toullier, VII, 210. Zachariæ, § 322, note 10. Nîmes, 22 août 1809, Sir., 10, 2, 553.

19 C'est-à-dire leur nombre et leur qualité. Code de procédure, art. 812.

20 Les spécialités à remarquer dans la forme qui doit être observée au cas prévu par cet article sont les suivantes : 1° Les offres réelles sont remplacées par une sommation faite au créancier d'enlever l'objet qui forme la matière de la prestation. 2° La consignation de cet objet ne peut avoir lieu qu'après permission du juge. 3° C'est à ce dernier qu'il appartient de déterminer l'endroit où l'objet dû sera déposé.

21 Cpr. sur ces deux dernières hypothèses : Toullier, VI, 212 ; Duranton, XII, 221. Voy. cep. Colmet de Santerre, V, 208 *bis*, III.

Les offres régulièrement faites avant l'écoulement du terme dont l'expiration doit emporter une déchéance, ou donner lieu à l'application d'une clause pénale, ont pour effet, indépendamment de toute consignation, de mettre le débiteur à l'abri de la déchéance ou de la clause pénale [22].

De pareilles offres, faites au jour de l'échéance, ont encore pour effet d'empêcher que le débiteur, qui se trouve exceptionnellement soumis à l'application de la maxime *Dies interpellat pro homine*, ne soit constitué en demeure par la seule échéance du terme [23].

Les offres faites par un débiteur qui, d'une manière quelconque, se trouvait déjà constitué en demeure, ont pour effet, lorsque l'obligation porte sur un corps certain, de purger la demeure pour l'avenir de telle sorte que le débiteur cesse d'être tenu des risques et périls de la chose [24], et n'est plus passible de dommages-intérêts pour le temps postérieur à ces offres.

Mais, quand il s'agit de choses déterminées dans leur espèce seulement, et spécialement d'une somme d'argent, les offres réelles ne suffisent pas, par elles-mêmes, pour purger la demeure, et pour arrêter le cours des intérêts, soit compensatoires, soit moratoires [25].

[22] Voy. art. 1662 et 1912. Larombière, III, art. 1257, n° 8. Cpr. Civ. rej., 5 décembre 1826, Sir., 27, 1, 308 ; Req. rej., 18 mai 1829, Sir., 29, 1, 222.

[23] Toullier (VII, 220) enseigne même que les offres réelles forment obstacle à ce que le débiteur puisse être ultérieurement constitué en demeure. Nous ne pouvons partager cette opinion : si elle était admise, le créancier n'aurait aucun moyen de constituer en demeure le débiteur qui, après avoir fait des offres réelles au jour de l'échéance, ne consignerait pas l'objet offert. En faisant des offres réelles, le débiteur n'a pas encore fait tout ce qui lui était imposé. La consignation doit, du moins en général, suivre ces offres, et les suivre dans le plus court délai possible. Ainsi, à défaut de consignation immédiate, le débiteur s'expose à être constitué en demeure, soit par une sommation, soit par une assignation. Cpr. art. 1139 et 1153, al. 3.

[24] *Nec obstat*, art. 1257, al. 2, *in fine*. La disposition finale de cet article reste sans application dans l'hypothèse prévue par l'art. 1264. Le débiteur d'un corps certain, mis en demeure de le livrer, purge, pour l'avenir, la demeure, en sommant le créancier de retirer cet objet, et s'affranchit ainsi des risques et périls dont il est devenu responsable. Pour s'assurer l'application de la règle *Debitor rei certæ, rei interituri liberatur*, il n'a pas besoin de procéder à la consignation, dont l'art. 1264 ne lui fait pas un devoir, et qui ne lui est nécessaire que pour s'affranchir, en se libérant définitivement, de l'obligation de veiller à la conservation de la chose. Larombière, III, art. 1257, n° 10.

[25] Cela résulte de l'art. 1259, n° 2, d'après lequel le débiteur doit consigner la chose offerte *avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt*. A l'appui de l'opinion con-

Cet effet n'est attaché qu'à la consignation valablement faite à la suite d'offres réelles régulières[26].

Du reste, le créancier qui jugerait insuffisantes les offres réelles à lui faites, peut, même après la consignation, continuer, à ses risques et périls, les poursuites commencées contre le débiteur, sans être tenu de faire déclarer au préalable l'insuffisance des offres[27].

traire, Toullier (VII, 221) invoque : 1° l'art. 1257, qu'il prétend être en contradiction avec la disposition ci-dessus citée de l'art. 1259 ; 2° l'art. 816 du Code de procédure, qui, selon lui, aurait fait cesser cette contradiction. Les arguments de cet auteur ne nous ont pas touchés. Lorsque l'art. 1257 dit que les offres réelles suivies de consignation libèrent le débiteur, ce n'est pas pour faire remonter la libération au jour des offres réelles, mais uniquement pour exprimer que la libération du débiteur est le résultat du concours des offres réelles et de la consignation, puisque cette dernière ne peut avoir lieu qu'autant qu'elle a été précédée des premières. Au surplus, s'il pouvait s'élever quelques doutes sur le véritable sens de l'art. 1257, on devrait l'interpréter de manière à le mettre en harmonie avec la disposition claire et précise de l'art. 1259, n° 2. D'un autre côté, il est tout à fait inexact de prétendre que cette disposition ait été abrogée par l'art. 816 du Code de procédure. Le *jour de la réalisation*, dont parle cet article, est évidemment le jour du dépôt, ainsi que Tarrible l'a formellement exprimé dans son discours au Corps législatif (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 166, n° 4). Aussi l'opinion de Toullier est-elle généralement rejetée. Voy. Delvincourt, II, p. 547 et suiv.; Duranton, XII, 225 ; Marcadé, sur l'art. 1257, n° 2 ; Favard, *Rép.*, v° Offres réelles, n° 10; Larombière, III, art. 1259, n° 7 ; Zachariæ, § 322, texte et note 14. Cpr. cep. la note suivante.

[26] Ainsi, les intérêts ne cessent de courir que du jour de la consignation. Pigeau (II, p. 503) et Merlin (*Rép.*, v° Intérêts, § 7, n° 41), tout en rejetant la doctrine de Toullier (cpr. la note précédente), admettent cependant que les intérêts cessent d'être dus, à dater du jour où les offres ont été réitérées à l'audience, sur la demande en validité ou en nullité formée à l'occasion de ces offres, dans le cas où la consignation n'aurait point eu lieu antérieurement. Cette distinction nous paraît inadmissible, parce qu'elle repose sur une procédure aujourd'hui abrogée, et sur une fausse interprétation des expressions finales de l'art. 816 du Code de procédure. Malgré la demande en nullité ou en validité des offres, le débiteur pouvait consigner ; et, s'il ne l'a pas fait, il doit les intérêts jusqu'au jour de la consignation. Voy. en ce sens : Delvincourt, Duranton, *locc. citt.*: Thomines-Desmazures, *Commentaire sur le Code de procédure*, II, 954 ; Larombière, III, art. 1259, n° 8 ; Colmet de Santerre, V, 202 *bis*, III ; Bordeaux, 16 janvier 1833, Sir., 33, 2, 180. — Mais les intérêts cessent de courir à partir de la consignation même, et non pas seulement à dater de la signification du procès-verbal de dépôt. Duranton, XII, 225. Zachariæ, § 322, texte et note 16.

[27] *Nec obstat*, Code de proc., art. 815. Req. rej., 4 juillet 1838, Sir., 38, 1, 881.

Aux termes de l'art. 1257, la consignation libère le débiteur. Elle tient lieu à son égard de paiement, et fait passer au créancier les risques et périls de l'objet consigné[28].

Toutefois, elle ne transporte pas à ce dernier la propriété de cet objet, qui continue à résider sur la tête du débiteur[29]. Il en résulte que celui-ci peut unilatéralement retirer cet objet[30], tant que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier, ou n'a pas été déclarée bonne et valable par un jugement passé en force de chose jugée. S'il le retire, l'obligation renaît avec tous ses accessoires, comme si elle n'avait jamais été éteinte[31]. Art. 1261.

La faculté de retirer l'objet consigné doit être considérée comme exclusivement attachée à la personne du débiteur. Ses créanciers ne pourraient l'exercer en son nom; et si, de fait, ils avaient frappé cet objet d'oppositions, celles-ci ne deviendraient efficaces qu'autant que le débiteur donnerait son consentement au retrait[32].

Quant aux créanciers de celui pour le compte duquel la consignation a été faite, ils sont autorisés à l'accepter en son nom, dans la mesure de leurs droits, et par conséquent à saisir-arrêter l'objet consigné. Art. 1166.

Après l'acceptation de la consignation par le créancier, ou après

[28] Cpr. Req. rej., 16 juin 1813, Sir., 15, 1. 300.

[29] *Dominium invito non acquiritur.* Pothier, n° 570. Delvincourt, II, p. 551. Duranton, XII, 229.

[30] D'après un avis du Conseil d'État, du 16 mai 1810, le receveur de la caisse où la consignation a été faite est tenu de la rendre au débiteur qui en réclame la restitution, toutes les fois qu'elle n'a été accompagnée ou suivie d'aucune acceptation ou opposition dûment signifiée.

[31] Ainsi, les codébiteurs et les cautions ne sont pas libérés. Art. 1261. Cpr. Duranton, XII, 242. Ainsi, les hypothèques et privilèges attachés à la créance continuent à subsister. Arg. *a cont.*, art. 1263, Cpr. Duranton, XII, 230.

[32] Larombière, III, art. 1261, n° 2. Voy. en sens contraire : Duranton, XII, 237 à 239 ; Colmet de Santerre, V, 206 *bis*, I. Ces derniers auteurs croient pouvoir justifier leur opinion par le principe, que la propriété des valeurs consignées continue à résider sur la tête du débiteur ; mais ils oublient qu'aux termes de l'art. 1257, la consignation libère le débiteur indépendamment de l'acceptation de celle-ci par le créancier ; et il nous paraît inadmissible que les créanciers du débiteur puissent, contre son gré, faire revivre, à sa charge, une dette dont il se trouve libéré.

un jugement[33] passé en force de chose jugée[34] qui la déclare bonne et valable, l'objet consigné ne peut plus être retiré par le débiteur que du consentement du créancier[35]. Encore, la convention en vertu de laquelle ce retrait serait effectué, ne ferait-elle pas revivre, au préjudice des tiers, l'ancienne obligation, définitivement éteinte par l'effet de l'acceptation de la consignation, ou du jugement passé en force de chose jugée qui l'a déclarée bonne et valable. Art. 1262 et 1263[36]. L'obligation contractée par le débiteur devrait être considérée comme une obligation entièrement nouvelle. Art. 1263 et arg. de cet article.

Les frais des offres réelles et de la consignation régulièrement faite sont à la charge du créancier. Art. 1260.

II. DE LA RENONCIATION EN GÉNÉRAL, ET DE LA REMISE DE DETTE EN PARTICULIER.

§ 323.

La renonciation, dans le sens le plus large du mot, est un acte par lequel une personne abdique ou abandonne un droit qui lui appartient[1].

[33] Peu importe que ce jugement ait été rendu sur la demande en nullité formée par le créancier, ou sur la demande en validité introduite par le débiteur. Cpr. Duranton, XII, 234 ; Zachariæ, § 322, note 17.

[34] C'est-à-dire qui ne puisse être attaqué, ni par voie d'opposition, ni par appel. Duranton, XII, 236. Colmet de Santerre, V, 207 *bis*, IV.

[35] Cette règle est certaine ; mais il est facile au débiteur de l'éluder, lorsque l'acceptation ou le jugement n'a pas été notifié au receveur de la caisse des consignations. Cpr. note 30 *supra*. Le créancier doit donc se hâter de faire faire cette notification, car le retrait de l'objet consigné, quoique frauduleusement effectué par le débiteur à l'insu du créancier, n'empêcherait pas que l'obligation ne pût être considérée comme éteinte, en ce qui concerne, soit les cautions et les codébiteurs de cette obligation, soit les hypothèques et priviléges qui s'y trouvaient attachés. Cpr. Toullier, VII, 234.

[36] Quoique ces articles ne parlent que du cas où il existe un jugement passé en force de chose jugée, qui déclare la consignation bonne et valable, ils s'appliquent, par analogie, à celui où la consignation a été acceptée par le créancier, Voy. d'ailleurs : art. 1261. Duranton, XII, 234.

[1] L'acte par lequel une personne renonce, non à un droit en lui-même, mais à la demande judiciaire qu'elle a intentée au sujet de ce droit, se nomme *désistement*. Cpr. Code de procédure, art. 402 et 403.

La renonciation qui s'applique à une créance, prend plus particulièrement le nom de remise de dette.

A. *De la renonciation en général.*

Toute personne capable de donner ou de recevoir à titre gratuit, peut faire ou accepter une renonciation gratuite. Lorsque la renonciation a lieu moyennant un prix ou une prestation quelconque, la capacité de celui qui la fait et de celui au profit duquel elle est faite, se détermine d'après les règles relatives aux contrats à titre onéreux[2].

Une personne capable de faire une renonciation peut, en général, renoncer à tous les droits ou facultés qui ne sont établis que dans son intérêt privé. Au contraire, les droits ou facultés accordés à une personne, moins dans son intérêt particulier que dans des vues d'ordre public, ne sont pas susceptibles de former l'objet d'une renonciation. Il en est de même des droits qui, d'après leur nature, sont à considérer comme placés hors du commerce ou comme exclus de toute convention. C'est ainsi qu'on ne peut renoncer aux droits résultant de la puissance maritale et de l'autorité paternelle sur la personne de la femme ou des enfants. C'est ainsi encore qu'on ne peut renoncer, ni aux qualités constitutives de l'état, ni à des aliments dus en vertu de la loi ou d'un acte de libéralité[3].

Les droits éventuels ou conditionnels peuvent, tout aussi bien que les droits actuellement ouverts, faire l'objet d'une renonciation[4]. Il en est autrement des simples expectatives, qui ne saisissent actuellement d'aucun droit quelconque celui au profit duquel elles pourront un jour se réaliser[5]. Si cependant la renonciation à une simple expectative, d'ailleurs d'intérêt purement privé, avait été stipulée accessoirement à une convention, dans le

[2] Cpr. art. 461 et 2222. Duranton, XII, 341 à 352. Zachariæ, § 324, texte et note 6.

[3] Cpr. art. 6, 328, 1128, 1387, 1388 ; Code de procédure, art. 1003 et 1004 ; § 359, texte n° 1 ; § 420, texte n° 4 ; § 504, texte n°s 1 et 3.

[4] Art. 884, al. 2, 1627, et arg. de ces articles. Cpr. § 302, texte n° 4, lett. *a*, et note 56 ; § 700, texte, notes 14 et 15 ; § 739, texte n° 3, lett. *b*.

[5] C'est à de pareilles expectatives que s'applique la règle *Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.* L. 174, § 1, D. *de reg. jur.* (50, 17). Art. 791, 1130, 1453, 2220, et arg. de ces articles.

but d'en étendre ou d'en restreindre les effets, elle devrait, sauf disposition contraire, être considérée comme valable [6].

La renonciation n'est, en général, assujettie, pour sa validité entre les parties [7], à aucune forme extérieure [8]. Elle peut même avoir lieu tacitement [9], si ce n'est dans les cas exceptionnels où la loi exige qu'elle soit manifestée d'une manière expresse [10]. Mais, dans le doute, elle ne présume pas [11]; et la renonciation, qui serait d'ailleurs constante, devrait toujours être interprétée d'une manière restrictive [12].

Il résulte de là que, si deux actions sont ouvertes à une personne, à raison d'une même cause, le choix de l'une de ces actions ne saurait, en général, être considéré comme une renonciation à l'autre [13]. Ainsi, le vendeur qui, à défaut de paiement du prix de

[6] C'est ainsi, par exemple, qu'on peut renoncer d'avance à la faculté de demander un délai de grâce, ou d'opposer la compensation. Cpr. § 319, texte n° 3, et note 26 ; § 327, note 8. Voy. cep. art. 1268.

[7] Lorsque la renonciation a pour objet certains droits sur des immeubles. elle est soumise à transcription, pour son efficacité à l'égard des tiers. Loi du 23 mars 1855, art. 1, n° 2, et art. 2, n° 2. Cpr. § 209, texte A, n° 1, lett. *f*. § 234, texte C ; § 255, texte C, n° 4. — Quant à la renonciation de la femme mariée à son hypothèque légale, elle n'est valable qu'autant qu'elle a été consentie par acte authentique ; et elle ne devient efficace à l'égard des tiers que par l'accomplissement des formalités prescrites par la loi pour sa publicité. Loi du 23 mars 1855, art. 9. Cpr. § 288 *bis*, texte n° 3.

[8] Les art. 784 et 1457 contiennent des exceptions à cette règle.

[9] Art. 2221, et arg. de cet article. Les art. 1211, 1212, 1282, 1283, 1338, al. 2 et 3, et 1340, fournissent des exemples de renonciation ou de remise tacite. Cpr. Maleville, sur l'art. 1340 ; Merlin, *Rép.*, v° Renonciation, § 3 ; Zachariæ, § 324, texte et note 4 ; Civ. rej., 8 mars 1853, Sir., 54, 1, 769.

[10] Cpr. art. 884, al. 2, 1275, et 2054.

[11] *Nemo res suas jactare præsumitur.* Voy. art. 784, 1273, 1286. Cpr. Merlin, *op. et loc. citt.* : Zachariæ, § 324, texte et note 5 ; Bourges, 15 juin 1824, Sir., 25, 2, 299 : Bordeaux, 27 juillet 1846, Sir., 48, 2, 431. Voy. cep. art. 1463.

[12] Cpr. art. 2048 et 2049. Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, n° 2. Zachariæ, *loc. cit.*

[13] La maxime *Electa una via, non datur regressus ad alteram,* qui est ordinairement invoquée en sens contraire, ne repose sur aucun texte de loi, et se trouve en opposition avec le principe que la renonciation ne se présume pas. Si, d'après l'art. 26 du Code de procédure, le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à agir au possessoire, cela tient à ce que celui qui se pourvoit au pétitoire est par cela même censé renoncer à la faculté de demander, par la voie possessoire, la réparation des troubles antérieurs à sa demande. Cpr. § 186, texte n° 3, lett. *c*, et note 46. Cet article, d'ailleurs tout spécial, ne peut donc

vente, a commencé des poursuites pour y contraindre l'acheteur, est toujours maître de les abandonner et de demander la résolution du contrat de vente. De même, l'acheteur d'une chose entachée d'un vice caché, qui a d'abord formé l'action *quanti minoris*, peut, en s'en désistant, revenir à l'action rédhibitoire. Il est, du reste, bien entendu que si le défendeur, soumis à l'exercice de deux actions alternatives, avait acquiescé à la demande formée contre lui en vertu de l'une de ces actions, la position des parties se trouverait définitivement fixée.

L'effet de la renonciation peut être limité au moyen de réserves. On peut aussi, à l'aide d'une protestation, se garantir contre le danger d'une interprétation qui tendrait à présenter tels ou tels faits comme emportant renonciation tacite [14]. Mais la protestation serait vaine et inefficace, si elle était incompatible avec les effets que la loi attache à un acte, ou qui découlent nécessairement de la nature de cet acte [15].

être invoqués contre la proposition énoncée au texte. Nous ajouterons qu'il ne faut pas confondre la question que nous traitons ici, avec celle de savoir quelle peut être, au cas où deux actions sont alternativement ouvertes, l'influence sur l'une de ces actions, de l'autorité de la chose jugée quant à l'autre. Cpr. § 769; Merlin, *Quest.*, v° Option, § 1 : Toullier, X, 170 et suiv.: de Fréminville, *De la minorité*, 1, 288 à 298. Voy. aussi : Crim. cass., 11 juin 1846, et Crim. rej., 20 juin 1846, Sir., 46, 1, 710 à 715 ; Crim. rej. 16 août 1851 : Crim. cass., 7 mai 1852, et Crim. rej., 6 août 1852, Sir., 53, 1, 580 à 584; Chamb. réun. cass., 10 juillet 1854, Sir., 54, 1, 419; Crim. rej., 18 novembre 1854, Sir., 54, 1, 814. Ces arrêts, qui décident que la partie lésée par un délit de Droit criminel ne peut, après avoir saisi le juge civil de l'action en réparation du dommage causé par ce délit, porter la même action devant un tribunal de justice répressive, ne sont pas contraires à la proposition émise au texte. Rendus par application de l'art. 3 du Code d'instr. crim., et en considération de la faveur due à la défense, ces arrêts admettent implicitement la possibilité d'un retour à la juridiction civile de la part de la partie lésée qui aurait d'abord formé son action devant la juridiction criminelle. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il ne s'agit plus ici de deux actions distinctes, ouvertes à raison d'une même cause, mais d'une seule et même action susceptible d'être soumise, au choix du demandeur, à des tribunaux différents.

[14] Cpr. art. 1211, 1276, 1278. Merlin, *Rép.*, v° Protestation. Turin, 15 juillet 1809, Sir., 10, 2, 279. Civ. cass., 8 août 1838, Sir., 38, 1, 854.

[15] C'est à cette hypothèse que s'applique la maxime *Protestatio contra actum non valet*. Civ. cass., 28 juillet 1829, et Civ. rej., 5 août 1829, Sir., 29, 1, 389. Civ. cass., 30 août 1852, Sir., 52, 1, 803.

Une renonciation peut, en général, être rétractée, tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui au profit duquel elle a été faite [16], sauf cependant les droits acquis à des tiers par suite de la renonciation, depuis le moment où elle a eu lieu jusqu'à celui de sa rétractation. Cpr. art. 462 et 790.

Toutefois, la renonciation à un droit réel sur la chose d'autrui est par elle-même efficace, indépendamment de l'acceptation du propriétaire de cette chose, ou des tiers ayant sur elle des droits primés par celui auquel il a été renoncé [17].

B. *De la remise de dette* [18].

La remise de dette est volontaire ou forcée. Cette dernière, dont nous n'avons pas à traiter en détail, est celle qui a lieu d'ordinaire en cas de concordat [19].

Les règles exposées sous la lettre A, sur la renonciation en général, s'appliquent, en particulier, à la remise volontaire de dette. Ainsi, cette remise peut être retirée, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le débiteur [20].

Bien que la remise de dette constitue une libéralité, et que, comme telle, elle soit soumise aux règles qui régissent, quant au

[16] Art. 1211, al. 3, 1364. Code de procédure, art. 403, et arg. de cet article. Merlin, *Quest.*, v° Option, § 1. Marcadé, *Obs. prél. sur la remise de dette*, n° 4. Larombière, III, art. 1282, n° 2. Zachariæ, § 324, texte et note 3. — L'adage *Ad jura renuntiata non datur regressus* serait inexact, en tant qu'on voudrait l'appliquer à une renonciation non encore acceptée.

[17] Voy. art. 621 et 2180. Cpr. § 234, texte C, et note 45; § 255, texte C, n° 4, et note 31; § 292, texte n° 5, et note 19.

[18] Il ne sera ici question que de la remise de dette considérée comme mode d'extinction des obligations unilatérales. C'est en expliquant les différentes manières dont les contrats se dissolvent, que nous traiterons de la double remise par suite de laquelle s'éteignent les obligations réciproques dérivant de contrats synallagmatiques. Cpr. § 348.

[19] Voy. Code de commerce, art. 504 et suiv.

[20] Cpr. note 16 *supra*. Pothier, n° 614. Delvincourt, II, p. 571. Duranton, VIII, 394, et XII, 357. Toullier, VII, 321. Colmet de Santerre, V, 230 *bis*, IV. Zachariæ, § 326, texte et note 9. — La question de savoir si l'acceptation du débiteur produit son effet immédiatement, ou seulement du jour auquel elle a été connue du créancier, doit être décidée d'après les principes qui régissent la formation des conventions. Cpr. § 343.

fond, les dispositions à titre gratuit, sa validité, quant à la forme, est indépendante de l'accomplissement des formalités requises pour les donations entre-vifs et les testaments. La remise et l'acceptation de la remise peuvent avoir lieu expressément ou tacitement [21].

La remise faite, soit au débiteur principal, soit à l'un des codébiteurs solidaires, libère non-seulement celui auquel elle a été accordée, mais encore ses cautions et les autres codébiteurs solidaires. Art. 1285 et 1287, al. 1er. Cependant, le créancier peut, en déchargeant l'un des débiteurs solidaires, réserver ses droits vis-à-vis des autres; et, dans ce cas, il conserve contre eux son action solidaire, sous la déduction toutefois de la part du codébiteur déchargé. Art. 1285 [22]. Une pareille réserve ne peut être faite contre les cautions, lorsque le créancier décharge le débiteur principal [23].

La remise consentie en faveur de la caution, ou de l'un des cofidéjusseurs, ne libère, ni le débiteur principal, ni les autres cofidéjusseurs, si ce n'est cependant jusqu'à concurrence de ce que le créancier peut avoir reçu pour accorder cette décharge. Art. 1287, al. 2 et 3, et art. 1288. Dans le cas même où le créancier n'a rien reçu, les cofidéjusseurs non déchargés ne peuvent être poursuivis que sous la déduction de la part pour laquelle ils auraient un recours à exercer contre le cofidéjusseur déchargé [24].

[21] Cpr. L. 26, D. *de prob.* (22, 3); texte et notes 7 à 9 *supra*. Colmet de Santerre, V, 231.

[22] Si cette déduction n'avait pas lieu, la remise de dette resterait, en raison du recours dont les codébiteurs jouissent les uns contre les autres, sans effet à l'égard de celui-là même auquel elle a été accordée. Cpr. articles 1213 et 1214.

[23] Larombière, III, art. 1287, n° 1. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 324, note 17. C'est évidemment à tort que cet auteur applique, en Droit français, la loi 22, D. *de pactis* (14, 2), qui s'explique par le principe, qu'en Droit romain, le pacte *de non petendo* n'éteignait pas *ipso jure* les obligations civiles, et ne produisait par cela même que des effets purement relatifs, lorsqu'il était conçu *in personam*, tandis que chez nous la remise de la dette en entraîne l'extinction absolue.

[24] Cette restriction résulte nécessairement des principes de la matière. En effet : ou bien les cofidéjusseurs ont renoncé au bénéfice de division, et alors ils peuvent invoquer, comme tenus pour le tout, la disposition du second alinéa de l'art. 1285 : ou bien ils n'y ont pas renoncé, et dans ce cas, ils peuvent, en faisant

Le principe que la remise accordée à l'un des débiteurs solidaires ou au débiteur principal, libère les autres codébiteurs ou les cautions, ne s'applique point à la remise résultant d'un concordat ; et ce, même au regard des créanciers qui auraient concouru au concordat et voté pour son admission [25]. Mais ce principe reste applicable à la remise accordée par les créanciers d'un commerçant en état de cessation de paiements, en considération de l'abandon amiable qu'il leur a fait de son actif [26].

La loi attache une présomption de remise de dette ou de paiement à la délivrance volontaire, faite par le créancier [27] au débiteur [28], de l'acte original sous seing privé ou de la grosse du titre [29]

valoir ce bénéfice, se soustraire à l'obligation de payer la part de celui que le créancier a déchargé. Delvincourt, II, p. 572. Toullier, VII, 331, à la note. Marcadé, sur l'art. 1287, n° 3. Duranton, XII, 375. Colmet de Santerre, V, 237 *bis*, II. Zachariæ, § 324, texte et note 18.

[25] Code de com., art. 545. Troplong, *Du cautionnement*, n° 504. Esnault, *Des faillites*, II, 441. Duranton, XVI, 361. Colmet de Santerre, 237 *bis*, I. Lyon, 14 juin 1826, Sir., 26, 2, 283. Paris, 2 juin 1831, Sir., 32, 2, 221. Lyon, 12 avril 1833, Sir., 33, 2, 428. Req. rej., 9 août 1842, Sir., 42, 1, 845. Paris, 16 avril 1864, Sir., 64, 2, 289.

[26] Une pareille remise, portant sur la portion de dette non couverte par l'actif ainsi abandonné, doit, malgré les circonstances qui l'ont provoquée, être considérée comme volontaire, par cela même qu'elle n'a pas été le résultat d'un concordat, obligatoire pour tous les créanciers, et qu'elle n'est opposable qu'à ceux d'entre eux qui y ont individuellement consenti. Pardessus, *Droit commercial*, III, 1247. Alauzet, *Commentaire du Code de com.*, IV, 1850. Civ. cass., 17 juin 1867, Sir., 67, 1, 356. Cpr. Douai, 13 mai 1857, Sir., 58, 2, 17.

[27] La délivrance du titre faite, non par le créancier, mais par un tiers, n'entraînerait point une présomption de libération, à moins que ce tiers n'eût mandat de recevoir le paiement ou de faire la remise. Larombière, III, art. 1283, n° 5. Civ. cass., 23 juillet 1828, Sir., 28, 1, 308. Douai, 29 novembre 1849, Sir., 50, 2, 223. Req. rej., 24 novembre 1858, Sir., 59, 1, 614. Bordeaux, 11 juillet 1859, Sir., 60, 2, 92.

[28] Cpr. Req. rej., 1er février 1842, Sir., 42, 1, 203.

[29] A cet égard, il n'y a pas, en principe, à distinguer entre les grosses des actes notariés et les grosses de jugements ; seulement la preuve contraire, au moyen de laquelle il est permis de combattre la présomption établie par l'art. 1283, devrait-elle être plus facilement admise, au cas de délivrance de la grosse d'un jugement rendu sur le fondement d'un titre préexistant, dont le créancier serait resté en possession. Larombière, III, art. 1283, n° 4. Voy. en sens contraire, sur la proposition énoncée en tête de la note : Seligmann, *Revue pratique*, 1861, XI, p. 598.

qui constate l'existence de la créance. Art. 1282 et 1283 [30].

La délivrance du titre, ainsi faite au débiteur principal, ou à l'un des codébiteurs solidaires, profite également à la caution, ou aux autres codébiteurs. Art. 1284 et 2036. Il semble même qu'à la différence de la remise expresse de dette, la délivrance du titre faite à l'un des débiteurs simplement conjoints, doive également profiter à tous les autres [31].

Le débiteur qui, se trouvant en possession du titre de la créance, invoque le bénéfice de la présomption dont il s'agit, n'est pas tenu de prouver que ce titre lui a été délivré volontairement [32]. Mais le créancier est toujours admis, pour écarter l'application des art. 1282 et 1283, à établir, par tous moyens de preuve, et même à l'aide de simples présomptions, abandonnées à la prudence du juge, que c'est par suite, soit de perte ou de vol, soit d'une délivrance entachée de violence, d'erreur ou de dol, soit enfin d'un abus de confiance de la part d'un tiers, que le titre de la créance se trouve en la possession du débiteur [33].

[30] Le dernier de ces articles parle explicitement de remise de dette ou de paiement. Quant au premier, il ne se sert, il est vrai, que du terme *libération*: mais il n'est pas douteux que ce terme n'ait été employé comme devant comprendre, par sa généralité, et la remise de dette et le paiement. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Rapport au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 381, n° 154, p. 482, n° 43).

[31] Les présomptions de libération établie par les art. 1282 et 1283, s'attachent, d'après le motif sur lequel elles reposent, à la créance tout entière, dans le cas même où cette créance est simplement conjointe. Colmet de Santerre, V, 233 *bis*, V.

[32] La position du débiteur, comme détenteur du titre et comme défendeur, le dispense de toute preuve. *Exposé de motifs* et *Rapport au Tribunat* (Locré, *op. et locc. citt.*). Pothier, n° 609. Toullier, VII, 324 et 325. Delvincourt, II, p. 571. Duranton, XII, 362. Colmet de Santerre, V, 231 *bis*, III. Zachariæ, § 324, note 11. Liége, 15 janvier 1806, et Colmar, 6 mars 1816, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II et III.

[33] Il ne s'agit ici que de la preuve de faits purs et simples, qui peut toujours se faire par témoins où à l'aide de simples présomptions. Cette observation s'applique même au cas où le créancier alléguerait que c'est par suite d'un abus de confiance de la part d'un tiers que le titre de créance se trouve entre les mains du débiteur, puisque la preuve à faire n'aurait pas pour objet d'établir l'existence d'une convention de dépôt ou de mandat, à l'effet d'en poursuivre l'exécution contre le dépositaire ou le mandataire, mais uniquement de justifier que la délivrance du titre au débiteur n'est pas le résultat d'un fait personnel et volontaire

La délivrance volontaire du titre de la créance fait présumer, soit la remise de la dette, soit le paiement, suivant que le débiteur, ou que les tiers qui se prévalent de sa libération ont intérêt à invoquer l'un ou l'autre de ces modes d'extinction de la dette. C'est ainsi que le débiteur, auquel l'un des créanciers solidaires a délivré le titre de la créance, peut, pour écarter l'application du second alinéa de l'article 1198, opposer ce fait aux autres créanciers, comme établissant une présomption de paiement, et se dire ainsi complétement libéré envers eux. Art. 1198, al. 1.

Cependant, si l'admission de la présomption de paiement pouvait avoir pour résultat de couvrir une fraude à la loi, le créancier serait admis, même dans le cas prévu par l'art. 1282, à établir, par tous moyens de preuve, que c'est par suite de remise de dette, et non de paiement, qu'il a délivré le titre de la créance[34]. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas où l'allégation du créancier forme le point de départ d'une demande en révocation de donation pour cause de survenance d'enfants[35]. Il en est de même, lorsque la délivrance du titre est émanée d'une personne qui, quoique capable de recevoir un paiement, n'avait pas capacité pour consentir une remise de dette, ou lorsqu'elle a été faite à une personne incapable de recevoir à titre gratuit. A plus forte raison, la preuve dont il est question serait-elle admissible de la part de tiers, qui prétendraient que le créancier a porté atteinte à leurs droits, par une remise de dette faite au moyen de la délivrance du titre de la créance. Cette observation s'applique notamment aux héritiers à réserve ou aux créanciers, qui formeraient une action en réduction ou une action paulienne contre le débiteur, possesseur de ce titre.

Si, vis-à-vis du créancier, le débiteur auquel il a remis le titre de la créance est autorisé à se prévaloir, suivant son intérêt, de la

de la part du créancier. *Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, XII, p. 381, n° 54). Pothier, Toullier et Colmet de Santerre, *locc. citt.* Bourges, 12 avril 1826, Sir., 26, 2, 303. Caen, 6 novembre 1827, Sir., 30, 2, 215. Req. rej., 22 janvier 1828, Dalloz, 1828, 1, 101. Colmar, 28 mai 1831, Sir., 32, 2, 404. Req. rej., 10 avril 1833, Sir., 33, 1, 383. Req. rej., 5 mai 1835, Sir., 35, 1, 805. Civ. rej., 28 août 1844, Sir., 44, 1, 744. Req. rej., 18 novembre 1844, Sir., 45, 1, 40.

[34] Colmet de Santerre, V, 231 *bis*, IV, *in fine*.

[35] Cpr. § 709, texte n° 2, et note 7.

présomption de remise de dette ou de celle de paiement, il n'en est plus de même lorsque le codébiteur ou la caution qui se trouve en possession de ce titre, prétend, pour exercer un recours contre ses codébiteurs ou contre le débiteur principal, que c'est par suite de paiement qu'il lui a été délivré. Dans ce cas, le codébiteur ou la caution est tenu, comme demandeur, d'établir le fait du paiement, qui seul peut fonder un recours en sa faveur [36].

La force de la présomption attachée à la délivrance volontaire du titre, varie suivant que ce titre est, soit un acte original sous signature privée ou en brevet [37], soit une grosse d'acte authentique.

Au premier cas, la présomption est absolue, en ce sens que le créancier n'est point admis à la combattre directement, en offrant de prouver que la délivrance du titre, quoique faite volontairement, n'a point eu lieu comme conséquence ou en vue de la libération du débiteur par paiement ou par remise [38]. Art. 1282. Si, toutefois, le créancier alléguait qu'il n'a délivré le titre que sous condition de restitution, par suite, par exemple, d'une convention de dépôt ou de mandat conclue avec le débiteur ou son auteur, il serait recevable à administrer la preuve de cette allégation, mais seulement à l'aide des moyens autorisés par la loi pour établir l'existence des conventions. Cpr. art. 1341 et suiv. D'un autre côté, le créancier pourrait toujours faire interroger le débiteur, ou lui déférer un serment, sur le point de savoir si la délivrance du titre a réellement eu lieu dans le but de le libérer [39].

Au second cas, la présomption n'est plus absolue; le créancier est admis à la détruire, en prouvant qu'il n'a délivré le titre de la créance, ni dans la vue d'une remise de dette, ni par suite d'un paiement [40].

[36] Colmet de Santerre, V, 232 *bis*, III.

[37] Cpr. art. 2148. Delvincourt, II, p. 571. Larombière, III, art. 1282, n° 7. Zachariæ, § 324, note 16.

[38] Arg. art. 1282 cbn. 1283 et 1352. *Exposé de motifs* et *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XII, p. 381, n° 54, p. 482 et 483, n° 43, p. 533, n° 32). Delvincourt, II, p. 572. Duranton, XII, 365. — Cpr. cep. sur la délivrance, faite entre commerçants, d'un titre commercial : Req. rej., 18 août 1852, Sir., 53, 1, 211.

[39] Cpr. § 750, texte et note 11.

[40] La présomption est, dans cette hypothèse, moins forte que dans celle de la délivrance de l'original d'un acte sous seing privé, parce que le créancier con-

A plus forte raison est-il admis, même en dehors de toute fraude, à prouver, contre l'allégation du débiteur, que la délivrance du titre n'a pas eu lieu par suite de paiement, mais dans la vue d'exercer un acte de libéralité[41].

Dans cette double hypothèse, la preuve offerte par le créancier peut être administrée par témoins ou à l'aide de simples présomptions, en tant du moins qu'elle doit résulter de faits susceptibles d'être établis de cette manière[42].

Les faits indiqués aux articles 1282 et 1283 sont les seuls d'où résulte une présomption légale de remise ou de paiement de la dette. Ainsi, la restitution de la chose donnée en nantissement ne forme pas une présomption légale de la libération du débiteur. Art. 1286. Il en est de même de la délivrance, faite par le créancier au débiteur, d'une simple expédition non revêtue de la formule exécutoire[43]. On doit également décider que la délivrance par un notaire d'expéditions d'actes qu'il a reçus, n'emporte pas une présomption légale de remise ou de paiement des frais de ces actes[44].

Du reste, le juge peut, dans les cas où la loi autorise l'admission de la preuve testimoniale ou de simples présomptions, induire la libération du débiteur de tous les faits qui tendraient à l'établir[45].

serve, malgré la remise de la première grosse, le moyen de prouver l'existence de la créance et d'en poursuivre la rentrée, en se faisant délivrer une seconde grosse. Code de procédure, art. 844 et suiv. *Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, XII. p. 381, n° 155). Duranton, XII, 365.

[41] Colmet de Santerre, V, 232 *bis*, III.

[42] Cpr. § 750, notes 5 et 6. Req. rej.. 12 juillet 1827, Dalloz, 1827, 1, 303.

[43] Duranton, XII, 366.

[44] Nous admettons bien que la délivrance d'expéditions d'actes reçus par un notaire peut, selon les circonstances, faire présumer en fait le paiement des frais et honoraires de ces actes ; mais, comme l'expédition d'un acte ne forme point. pour le notaire qui l'a reçu, le titre de sa créance, on ne saurait appliquer à la délivrance de cette expédition la présomption légale établie par l'art. 1283. Larombière, III, art. 1283, n° 13. Voy. en sens contraire : Civ. rej., 4 avril 1826, Sir., 26, 1, 385 ; Douai, 13 février 1834, Sir., 36, 2, 95. — Cpr. sur la remise, faite par un officier ministériel à son client, des pièces que celui-ci lui avait confiées : Amiens, 11 mars 1826, Sir., 27, 2, 19.

[45] Delvincourt, sur l'art. 1282. Toullier, VII, 335 et suiv. Zachariæ, § 324. texte et note 15. Cpr. Colmar, 22 mai 1812, Sir., 14, 2, 82 ; Caen, 3 mai 1826, Sir., 30, 2, 214.

III. DE LA NOVATION.

§ 324.

La novation volontaire [1] est la transformation conventionnelle d'une obligation en une autre, qui lui est substituée [2].

1° *Des différentes espèces de novation.*

La novation est objective ou subjective.

La novation est objective, quand il se forme, entre les mêmes parties, une convention par suite de laquelle l'ancienne obligation est éteinte, et remplacée par une obligation nouvelle. Art. 1271, n° 1.

La novation est subjective :

a. Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement [3], un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. Art. 1271, n° 3.

b. Lorsqu'un nouveau débiteur s'oblige au lieu et place de l'ancien, qui se trouve déchargé par le créancier. Art. 1271, n° 2. Cette dernière espèce de novation subjective peut s'opérer sans le concours du débiteur [4], c'est-à-dire par suite d'expromission [5], ou de son consentement, c'est-à-dire par voie de délégation [6].

[1] A l'exemple du Code Napoléon, nous ne nous occuperons que de la novation volontaire. Cpr. sur la novation nécessaire qui résulte du contrat judiciaire : Gaius, *Comm.*, III, § 180 ; Merlin, *Rép.*, v° Novation, § 1 ; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 115, et § 145, note a ; Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1290 et suiv. Voy. aussi : § 769, texte n° 4.

[2] *Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione.* L. 1. D. *de novat. et deleg.* (46, 2).

[3] C'est par la formation de ce nouvel engagement à l'extinction absolue de l'ancien, que cette espèce de novation subjective se distingue de la cession et de la subrogation. Pothier, n° 559. Toullier, VII, 274 et 277. Duranton, XII. 283 et 284. Zachariæ, § 323, texte et note 12. Cpr. Colmar, 8 juin 1810, Sir., 12. 2. 381 ; § 321, note 2. Voy. aussi : texte n° 4, et note 37 *infra*.

[4] L'art. 1274, qui le décide ainsi, n'est qu'une conséquence de l'art. 1236, d'après lequel l'obligation peut être acquittée par un tiers sans le concours du débiteur. Cpr. § 316, texte et note 1. Toullier, VII, 273. Duranton, XII, 306 et 307.

[5] Les lois romaines appellent *expromissio*, la novation subjective qui s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, sans le concours de ce dernier. Pothier, n° 583. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 377, n° 145). Toullier, *loc. cit.*

[6] *Delegare est vice sua alium reum dare creditori.* L. 11, D. *de novat.* (46, 2). Pothier, n° 600. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII,

A la différence de l'expromission, qui n'exige que le consentement du créancier et du nouveau débiteur, la délégation parfaite suppose le concours de trois personnes, savoir : du débiteur déléguant, du tiers délégué, et du créancier délégataire. Mais il n'est pas nécessaire, comme cela a lieu ordinairement, que le délégué soit débiteur du déléguant[7]. Si le délégué ne s'était obligé envers le délégataire que dans la fausse croyance qu'il se trouvait débiteur du déléguant, il n'en serait pas moins lié vis-à-vis du créancier, qui l'aurait accepté de bonne foi comme débiteur[8].

Du reste, rien n'empêche qu'une novation objective ne concoure avec une novation subjective[9].

2° *Des éléments nécessaires à l'existence d'une novation.*

Toute novation suppose, en premier lieu, une obligation antérieure qui serve de cause à l'obligation nouvelle[10]. Il en résulte :

Que, si la première obligation est éteinte au moment où la seconde est contractée, celle-ci est à considérer comme dépourvue de cause et ne produit aucun effet[11];

Que, si l'ancienne obligation est subordonnée à une condition suspensive, ou soumise à une condition résolutoire, la force juridique de l'obligation nouvelle, et, partant, celle de la novation, dépendront également, soit de l'accomplissement de la condi-

p. 378, n° 148). Toullier, VII, 290. Duranton, XII, 320. — Cpr. sur la délégation imparfaite et sur la simple indication de paiement : § 317, texte et note 10; § 270, texte n° 1, notes 6 et 10.

7 Pothier, n° 601. Duranton, XII, 319. Larombière, III, art. 1275, n° 4.

8 L. 12, D. *de nov. et del.* (46, 2). Pothier, n° 602. Toullier, VII, 291. Voy. cep. Duranton, XII, 330; Larombière, *loc. cit.* Ces auteurs, se fondant sur l'art. 1377, n'admettent la proposition émise au texte que dans le cas où le créancier aurait, de bonne foi, supprimé son titre. Mais ces auteurs n'ont pas remarqué la profonde différence qui existe entre l'hypothèse prévue par l'art. 1377 et celle dont nous nous occupons. Le créancier, recevant le paiement offert par une personne qui n'était pas son débiteur, et qui cependant entendait payer pour son propre compte, a eu tort de l'accepter ; tandis qu'on ne peut faire aucun reproche au délégataire, qui n'avait pas à s'inquiéter du point de savoir si le délégué était ou non débiteur du déléguant.

9 Cpr. Req. rej., 24 mars 1841, Sir., 41, 1, 643.

10 Pothier, n°s 550 à 554. Zachariæ, § 323, texte et note 4. — Il suffit, du reste, que la première obligation ait précédé la seconde d'un instant de raison. Duranton, XII, 303.

11 Cpr. Duranton, XII, 275.

tion suspensive, soit du non-accomplissement de la condition résolutoire[12].

Mais le principe qui vient d'être posé n'empêche pas qu'une obligation naturelle ne puisse être convertie, par voie de novation, en une obligation civile[13], pourvu, bien entendu, que cette obligation naturelle ne soit pas réprouvée par la loi, et que, d'un autre côté, il ne s'agisse pas d'une dette de jeu ou de pari[14].

Il ne s'oppose pas non plus à ce qu'une obligation sujette à annulation ou rescision, ne puisse être transformée en une obligation valable. Seulement faut-il que l'obligation annulable ou rescindable soit susceptible de confirmation, et que le débiteur ait eu connaissance du vice dont elle se trouvait entachée[15].

Toute novation suppose, en second lieu, une obligation nouvelle, qui se trouve substituée à l'ancienne.

Il en résulte que, si l'obligation nouvelle est dénuée de toute existence, la novation devient impossible, et l'ancienne obligation continue de subsister[16]. C'est ce qui a lieu lorsque l'objet de la dation en paiement n'existait plus au moment où il a été offert et accepté.

Il en résulte, d'un autre côté, que, si la nouvelle obligation est soumise à une condition suspensive ou résolutoire, la novation ne produira définitivement son effet qu'autant que la condition suspensive viendra à s'accomplir ou la résolutoire à défaillir[17].

[12] L. 8, § 1, D. *de nov. et del.* (46, 2). Pothier, n° 585. Duranton, XII, 296 et suiv. Larombière, III, art. 1271, n° 6.

[13] Cpr. § 297, texte n° 3, et note 18.

[14] Cpr. § 297, texte n° 3, notes 20, 25 et 26 : § 386.

[15] Du moment où la novation est consentie en connaissance du vice dont était entachée la première obligation, celle-ci se trouve confirmée par le fait même de la novation, et peut, dès lors, servir de cause à la seconde. Art. 1338, al. 3. Duranton, XII, 294. Larombière, III, art. 1271, n° 11. Colmet de Santerre, V, 219 *bis*, IV.

[16] *Quid juris*, si la nouvelle obligation était annulable ou rescindable ? Voy. texte n° 3, notes 23 et 24 ; texte n° 4, notes 25 et 26 *infra*.

[17] L. 8, § 1, L. 14, § 1, D. *de nov. et del.* (46, 2). Larombière, III, art. 1271, n° 8. Cpr. Req. rej., 18 avril 1854, Sir., 55, 1, 44. — Lorsque la nouvelle obligation a été contractée sous une condition résolutoire, le créancier peut en poursuivre immédiatement l'exécution, sauf restitution de ce qu'il aura reçu et rétablissement de la première obligation, si la condition vient à s'accomplir. Que si, au contraire, la seconde obligation avait été contractée sous une condition suspensive, le créancier ne pourrait agir, *pendente conditione*, ni en vertu de

Ce que nous avons dit sur la transformation d'une obligation conditionnelle en une obligation pure et simple ou d'une obligation pure et simple en une obligation conditionnelle n'exclut pas, pour les parties, la possibilité de substituer définitivement une obligation pure et simple à une obligation conditionnelle, et *vice versa ;* mais une pareille substitution constituerait bien moins une novation qu'une convention aléatoire d'une espèce particulière [18].

3° De la capacité des parties en matière de novation [19].

La novation emportant, de la part du créancier, renonciation au bénéfice de l'ancienne obligation, il faut, pour sa validité, que celui-ci ou son représentant soit capable de faire la renonciation qu'implique la novation.

Il en résulte, par exemple, que le tuteur d'un créancier mineur ne peut consentir la novation d'une obligation garantie par une hypothèque ou par un cautionnement, à moins que l'hypothèque ne soit réservée, ou que la caution n'accède au nouvel engagement [20]. Que s'il s'agissait d'une créance chirographaire, qui ne fût

cette obligation, qui n'est pas encore devenue définitive, ni en vertu de l'ancienne, à laquelle il a conditionnellement renoncé.

[18] C'est ce que n'a pas remarqué Marcadé, lorsqu'il critique (sur l'art. 1272, n° 3), comme une grave erreur se rattachant au formalisme romain, la doctrine généralement admise, d'après laquelle la novation est à considérer comme non avenue, dans le cas où la condition suspensive attachée à l'une ou à l'autre des obligations vient à défaillir. Cpr. Duranton, XII, 300 ; Larombière, III, art. 1271, n° 8 ; Colmet de Santerre, V, 219 *bis*, VIII.

[19] En Droit romain, on tenait pour principe, que celui qui peut recevoir le paiement, peut aussi faire novation. L. 10, D. *de nov. et del.* (46, 2). Bien que les nombreuses exceptions qu'on s'était vu forcé d'apporter à ce principe, démontrassent qu'il ne reposait pas sur un fondement d'une incontestable exactitude, Pothier le reproduisit dans son traité *Des obligations*, n°s 390 à 392. Les rédacteurs du Code se sont placés à un autre point de vue, en disant, dans l'art. 1272, que « la novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter ; » ce qui doit s'entendre, en ce qui concerne le créancier, de la capacité de renoncer à l'ancienne obligation et aux sûretés y attachées, et, en ce qui concerne celui qui contracte la nouvelle obligation, de la capacité de s'obliger. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Novation, § 4 ; Toullier, VII, 293 ; Larombière, III, art. 1272, n° 4. Voy. cep. Duranton, XII, 278 ; De Fréminville, *De la minorité*, I, 264, 5°.

[20] Le tuteur excéderait évidemment ses pouvoirs, en renonçant à une hypothèque ou à un cautionnement attaché à la créance de pupille, sans recevoir le paiement effectif de cette créance. Voy. § 113, texte n° 5.

garantie par aucune sûreté spéciale, rien ne s'opposerait à ce que le tuteur en fît novation, sous sa responsabilite personnelle, en acceptant, pour le compte du mineur, un nouvel engagement contracté, soit par l'ancien débiteur, soit même par un tiers, d'ailleurs capable de s'obliger [21].

Il résulte également du principe ci-dessus posé que le créancier solidaire ne peut, pour ce qui excède sa part dans la créance, faire une novation susceptible d'être opposée à ses coïntéressés [22].

D'un autre côté, il faut en général, pour la stabilité de la novation, que celui qui contracte la nouvelle obligation, soit capable de s'obliger. Si, à raison de son incapacité, il faisait annuler ou rescinder son engagement, la novation serait à considérer comme non avenue, et l'obligation originaire comme n'ayant jamais été éteinte [23]. Le contraire ne devrait être admis, qu'autant qu'il serait

[21] Cpr. Magnin, *Des minorités*, II, 1095 ; De Fréminville, *op. et loc. citt.* ; Larombière, *loc. cit.*

[22] Cpr. § 298 *bis*, texte et note 9.

[23] La proposition énoncée au texte ne saurait souffrir difficulté, lorsque la nouvelle obligation a été contractée par l'ancien débiteur ou par son successeur, puisqu'en faisant annuler ou rescinder son nouvel engagement, l'incapable est tenu de restituer le bénéfice que lui a procuré la novation, c'est-à-dire de renoncer à la libération qui en avait été la suite. Arg. art. 1312. Cette proposition nous paraît, après nouvel examen de la question, devoir être également admise, dans le cas où le nouvel engagement a été contracté par un tiers. En effet, la novation constituant de sa nature une opération intéressée, le créancier est, en général, censé ne renoncer au bénéfice de l'ancienne obligation que sous la condition de l'acquisition d'une nouvelle créance, juridiquement efficace, de sorte que, cette condition venant à manquer, la novation n'a plus de cause au point de vue de la renonciation du créancier. Cpr. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 1272, n°s 2 et 3 ; Colmet de Santerre, V, 220 *bis*, I. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 565 et 566 ; Toullier, VII, 298 ; Duranton, XII, 282 ; Larombière, III, art. 1272, n° 2. Ces auteurs partent de l'idée qu'il suffit, pour la validité de la novation, que la nouvelle obligation existe comme obligation naturelle ; et ils invoquent, à l'appui de leur manière de voir, la loi 1, § 1, D. *de nov. et del.* (46, 2), ainsi que le § 3, *Inst. quib. mod. toll. oblig.* (3, 9). Mais ils nous paraissent avoir oublié deux choses, à savoir : qu'en Droit romain, on considérait comme simplement naturelles un grand nombre d'obligations qui, suivant les principes de notre Droit, constituent des obligations civiles ; et que, d'un autre côté, certaines obligations naturelles produisaient, d'après la législation romaine, des effets qu'on ne peut plus y attacher sous le Code Napoléon. Voy. § 297, texte n° 3, et notes 21 et 22. Les différences profondes qui existent à cet égard entre les deux législations, ne permettent plus, à notre avis, d'appliquer chez nous, comme expression

établi que le créancier a entendu se contenter de l'engagement de l'incapable, bien qu'il ait eu connaissance du vice dont cet engagement se trouvait entaché [24].

Enfin, dans la novation qui s'opère par substitution de créancier, il faut, quand elle a lieu à titre gratuit, que le nouveau créancier soit capable de recevoir et d'accepter la libéralité qui lui est faite par l'ancien.

4° Du consentement des parties en matière de novation, et de l'animus novandi de la part du créancier.

Le consentement des parties, en matière de novation, doit, comme pour tout acte juridique, être exempt de vices de nature à l'invalider.

Si la nouvelle obligation venait à être annulée pour cause d'erreur, de violence, ou de dol, la novation serait elle-même à considérer comme non avenue [25], à moins que l'annulation de la nouvelle obligation n'eût été prononcée à raison d'un fait imputable au créancier lui-même, auquel cas la novation continuerait à subsister [26].

La novation renfermant, de la part du créancier, renonciation au bénéfice de l'ancienne obligation, il en résulte qu'elle ne se

de la raison écrite, la règle posée par les lois précitées. Cette règle, d'ailleurs, se trouve formellement écartée par l'art. 1272, lequel exige la capacité de contracter dans les personnes qui concourent à la novation. Nous terminerons en faisant remarquer que, même en Droit romain, on reconnaissait que du moment où celui qui avait contracté la nouvelle obligation, se faisait restituer contre son engagement, le créancier devait, de son côté, être admis à se faire restituer contre la libération par lui consentie. Voy. L. 50 D. *de minor.* (4, 4); L. 14, L. 16, § 1, D. *ad. Senat. vell.* (16, 1). Or, bien qu'énoncée sous une forme différente, la solution donnée au texte n'est, au fond, que la reproduction de la disposition de ces lois.

[24] Le créancier peut sans doute renoncer au bénéfice de l'ancienne obligation, en acceptant, en son lieu et place, une obligation qui, susceptible d'être annulée ou rescindée, continuera, après son annulation ou sa rescision, à subsister comme obligation naturelle. Seulement pensons-nous qu'en principe, l'intention de consentir une pareille renonciation, ne doit pas se présumer de la part du créancier. Cpr. Colmet de Santerre, V, 220 *bis*, II.

[25] Toullier, VII, 299. Marcadé, sur l'art. 1272, n° 4. Larombière, sur l'art. 1278, n°s 3 et 4.

[26] L. 48, § 1, *in fine, de fid. et mand.* (46, 1).

présume pas[27]. Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'elle se trouve exprimée, soit en termes sacramentels, soit même par équipollents ; il suffit, en général, que la volonté de l'opérer ressorte clairement, et d'une manière certaine, des faits et des actes intervenus entre les parties[28]. Art. 1273[29].

La novation objective résulte, virtuellement et nécessairement, de tout changement qui, portant sur l'objet même de la prestation, ou sur la nature juridique de l'obligation, la transforme en une obligation nouvelle, distincte de la première, et incompatible avec elle. C'est ce qui a lieu, par exemple, au cas d'acceptation pure et simple d'une offre de dation en paiement[30], et dans celui où un prix de vente originairement stipulé en un capital exigible, a été converti, par une convention subséquente, en une rente perpétuelle ou viagère[31]. C'est ce qui se rencontre également, lorsque le créancier d'une rente a donné quittance des arrérages échus

[27] *Renuntiatio non præsumitur.* Voy. § 323, texte A, et note 11.—Cpr. sur les applications de la règle énoncée au texte : Bruxelles, 18 juillet 1810, Sir., 14, 2, 100; Bourges, 31 décembre 1830, Sir., 31, 2, 265 ; Civ. cass., 28 août 1833, Sir., 33, 1, 802 ; Civ. cass. 5 janvier 1835, Sir., 35, 1, 88. Req. rej., 7 juin 1837, Sir., 38, 1, 78 ; Civ. rej., 15 janvier 1839, Sir., 39, 1, 131 ; Paris, 28 juillet 1853, et Douai, 1er juillet 1854, Sir., 54, 2, 462 et 464. Voy. aussi les arrêts cités à la note 34 *infra*.

[28] En un mot, la novation n'a pas besoin d'être expresse : elle peut être implicite ou tacite, pourvu qu'il ne s'élève aucun doute sur la volonté de l'opérer. Arg. *a contrario*, art. 1275. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 377, n° 146). Pothier, n° 590. Toullier, VII, 276 et 277. Duranton, XII, 283 et 284. Marcadé, sur l'art. 1273, n° 1. Zachariæ, § 323, note 6. Civ. rej., 1er septembre 1806, Sir., 7, 1, 46. Req. rej., 2 janvier 1807, Sir., 7, 1, 61. Req. rej., 16 janvier 1828, Sir., 28, 1, 294. Req. rej. 14 mars 1834, Sir., 34, 1, 257. Req. rej., 9 juillet 1834, Sir., 34, 1, 805. Rouen, 10 juin 1835, Sir., 35, 2, 362.

[29] Quoique, dans le doute, la novation ne doive pas se présumer, c'est-à-dire, que la volonté de l'opérer ne puisse pas résulter de faits équivoques, susceptibles d'être interprétés pour ou contre la novation, rien n'empêche cependant de prouver l'existence de faits d'où résulterait la novation, au moyen de présomptions graves, précises et concordantes, dans le cas où ce genre de preuve est admissible. Arg. art. 1315 et 1316 cbn. 1353. Voy. les arrêts cités à la note précédente.

[30] Arg. art. 2038 cbn. 1281. Cpr. Req. rej., 10 juin 1817, Sir., 19, 1, 35; Poitiers, 18 janvier 1864, Sir., 64, 2, 198. Voy. texte n° 5, et note 48 *infra*.

[31] Caen, 28 octobre 1826, Sir., 27, 2, 261.

sans en avoir reçu le paiement, et les a laissés entre les mains du débiteur à titre de capital, à charge de lui en servir les intérêts [32].

Au contraire, les modifications portant seulement sur l'époque de l'exigibilité, ou sur le mode d'exécution de l'obligation, n'emportent pas par elles-mêmes novation. Il en est ainsi, notamment, de la simple prorogation de terme [33], de l'indication d'un autre lieu de paiement, et de la seule acceptation, même sans réserves, de billets négociables, souscrits en paiement d'une dette antérieure [34]. A plus forte raison, la passation d'un acte authentique, destiné à remplacer un titre sous seing privé, n'emporte-t-elle pas novation, encore que le débiteur ou un tiers ait, par cet acte, fourni de nouvelles sûretés au créancier [35].

Des changements qui, de leur nature, n'emporteraient pas novation, peuvent cependant être considérés commme ayant produit cet effet, lorsqu'il s'y rattache des faits ou conventions accessoires, tendant à établir que l'intention des parties a été de substituer une nouvelle dette à l'ancienne, et à charge par le juge d'indiquer les éléments dont il entend faire ressortir cette intention [36].

[32] Req. rej. 19 août 1844, Sir., 45, 1, 38.

[33] Art. 2039 cbn. 1281, al. 2.

[34] Cette acceptation, qui, d'après un usage constant, est censée n'avoir eu lieu que sauf encaissement, ne constitue qu'un mode de paiement. Merlin, *Rép.*, vº Novation, § 5, *in fine*. Pardessus, *Droit commercial*, I, 221. Troplong, *Des hypothèques*, I, 199 *bis*. Martou, *Des privilèges et des hypothèques*, II, 470 et 552. Marcadé, sur l'art. 1273, nº 2. Civ. cass., 19 août 1811, Sir., 13, 1, 451. Civ. rej., 28 juillet 1823, Sir., 23, 1, 414. Rouen, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 170. Req. rej., 15 juin 1825, Sir., 26, 1, 63. Nancy, 4 janvier 1827, Sir., 27, 2, 259. Aix, 24 avril 1827, Sir., 29, 2, 43. Req. rej., 24 juillet 1828, Sir., 29, 1, 28. Paris, 20 juillet 1831, Sir., 32, 2, 29. Limoges, 4 février 1835, Sir., 35, 2, 221. Civ. cass., 22 juin 1841, Sir., 41, 1, 473. Orléans, 6 septembre 1842, Sir., 42, 2, 391. Metz, 26 janvier 1854, Sir., 54, 2, 743. Lyon, 9 mars 1858, Sir., 58, 2, 523. Paris, 9 août 1859, Sir., 59, 2, 589. Caen, 20 juin 1859, Sir., 60, 2, 51. Voy. cep. Duranton, XII, 287 ; Lyon, 29 mars 1833, Sir., 34, 2, 29. Cpr. aussi : § 263, texte, notes 9 et 10.

[35] C'est ainsi qu'une dette, originairement commerciale, ne perd pas ce caractère, par cela seul qu'elle est ultérieurement reconnue par un acte notarié, et garantie par une hypothèque. Civ. cass., 21 février 1826, Sir., 27, 1, 6. Grenoble, 17 juin 1826, Sir., 28, 2, 139. Limoges, 31 janvier 1857, Sir., 58, 2, 90.

[36] Civ. cass., 22 juin 1841, Sir., 41, 1, 473. Cpr. Req. rej., 2 janvier 1807, Sir., 7, 1, 61 ; Civ. cass., 1er avril 1807, Sir., 11, 1, 205 ; Paris, 7 décembre 1814, Sir., 16, 2, 91 ; Req. rej., 16 janvier 1828, Sir., 28, 1, 294.

La novation subjective par changement de créancier ne peut être admise qu'autant que, d'après l'intention clairement établie des parties, le débiteur se trouve libéré vis-à-vis de l'ancien créancier au moyen d'un nouvel engagement contracté envers le nouveau créancier. La simple indication, faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui, n'opère pas novation. Art. 1277, al. 2.

Il en est de même de la cession-transport et de la subrogation, encore qu'elles aient été expressément ou tacitement acceptées par le débiteur [37].

Quant à la novation subjective par changement de débiteur, il faut distinguer entre l'expromission et la délégation.

L'expromission suppose toujours novation [38]; et l'on doit, conformément aux principes ci-dessus développés, regarder comme une expromission toute obligation qui a été contractée par un tiers, et acceptée par le créancier, dans l'intention clairement établie de libérer le débiteur [39].

La délégation, au contraire, quoique parfaite par le concours des trois personnes qui doivent y figurer, n'entraîne cependant pas novation par elle-même ; elle ne la produit qu'autant qu'elle a été accompagnée ou suivie d'une décharge donnée au débiteur par le créancier [40]. Cette décharge non-seulement ne se présume pas ; mais, par suite d'une exception toute spéciale au principe qui

[37] Civ. rej., 2 août 1847, Sir., 47, 1, 705. Civ. cass., 2 mai 1853, Sir., 53, 1, 411. Cpr. note 3 *supra*.

[38] Si l'ancien débiteur n'était point libéré par l'engagement du nouveau, cet engagement ne constituerait pas une expromission, mais une accession (*adpromissio*) ou un cautionnement. Pothier, n° 583. Delvincourt, II, p. 567. Toullier, VII, 273. Duranton, XII, 308.

[39] Duranton, XII, 309. Cpr. Req. rej., 24 mars 1841, Sir., 41, 1, 643.

[40] « Autre chose est la novation, autre chose est la délégation, » a dit Jaubert dans son *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XII, p. 481, n° 40). Quoique le créancier ait accepté l'obligation contractée à son profit par le tiers délégué, et que la délégation soit ainsi devenue parfaite comme telle (cpr. texte et note 7 *supra*), elle n'opère pas novation, tant que le créancier n'a pas expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur. A défaut d'une pareille déclaration, le créancier est censé n'avoir agréé le délégué pour débiteur que comme moyen de toucher plus facilement ce qui lui est dû, et non dans l'intention de libérer le déléguant. Art. 1275. Toullier, VII, 290. Duranton, VII, 322. Cpr. Req. rej., 28 avril 1818, Sir., 19, 1, 192.

régit les autres espèces de novation, elle ne peut résulter que de la déclaration expresse du créancier[41]. Art. 1275[42].

Si la délégation n'emporte pas par elle-même novation, à plus forte raison en est-il ainsi de la simple indication, faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, sans que celle-ci ait contracté aucune obligation envers le créancier, ou sans que, du moins, l'obligation qu'elle a pu contracter ait été agréée par ce dernier. Art. 1277, al. 1[43].

En cas de contestation sur le point de savoir s'il y a eu ou s'il n'y a pas eu intention de nover, il appartient aux tribunaux de constater les faits et de déterminer le sens des actes dont on prétend faire ressortir cette intention ; et, à cet égard, leur décision

[41] Mais si une décharge expresse du créancier est nécessaire pour opérer novation, une acceptation expresse n'est pas requise pour lui faire acquérir un droit irrévocable au bénéfice de la délégation : cette acceptation peut n'être que tacite, conformément aux règles générales sur les manifestations de volonté. Cpr. art. 1121, et § 306. Montpellier, 1er août 1832, Sir., 33, 2, 426. Civ. rej., 8 juillet 1834, Sir., 34, 1, 504.

[42] Cet article, qui n'admet de novation par suite de délégation, qu'autant que *le créancier a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur*, est évidemment plus rigoureux que l'art. 1273, d'après lequel il suffit que *la volonté d'opérer novation résulte clairement de l'acte*. Une décharge qui ne serait point expresse, et que l'on voudrait faire résulter de l'intention plus ou moins clairement établie du créancier, serait donc insuffisante pour opérer novation. C'est ainsi que l'acceptation que ferait un créancier d'une hypothèque constituée en sa faveur par le tiers délégué, ne pourrait être considérée comme une preuve de novation. Turin, 11 février 1811, Sir., 12, 2, 282. Ce n'est pas sans raison que le législateur en a disposé ainsi : il a voulu par là couper court à toutes les contestations qu'aurait fait naître la question de savoir si, en acceptant la délégation, le créancier n'a pas virtuellement et nécessairement déchargé le déléguant. En exigeant une déclaration expresse du créancier, nous ne prétendons cependant pas que les expressions de l'art. 1275 soient sacramentelles, et nous admettons qu'elles peuvent être remplacées par des termes équivalents. Cette interprétation intermédiaire de l'art. 1275 paraît aussi être celle de Toullier (VII, 290) et Duranton (XII, 309, 323 et 324), qui, toutefois, ne formulent pas leur opinion d'une manière bien nette. Voy. encore dans ce sens : Marcadé, sur l'art. 1275, n° 1 ; Demolombe, XXIV, 34. Quant à M. Colmet de Santerre, il ne voit pas de différence à faire entre les deux hypothèses prévues par les art. 1373 et 1275, qui seraient, suivant lui, soumises à une règle identique.

[43] On ne conçoit pas le motif pour lequel le législateur a cru devoir formellement énoncer, dans l'art. 1277, al. 1er, une proposition tout au moins inutile, d'après les dispositions de l'art. 1275.

est souveraine[44]. Mais l'appréciation des conséquences légales que le juge, pour admettre ou rejeter la novation, a tirées des faits et des actes, tels qu'il les a constatés et interprétés, tombe, comme se rattachant à une question de droit, sous le contrôle de la cour de cassation[45].

Pour compléter les explications qui viennent d'être données, nous rappellerons la novation d'une espèce particulière, à laquelle peut donner lieu, en matière hypothécaire, une interversion de qualité en la personne du débiteur[46].

Quant au sens du mot *novation*, improprement employé par l'art. 879, il sera expliqué au § 619.

3° *Des effets de la novation.*

La novation entraîne l'extinction de l'ancienne obligation et de tous les accessoires qui s'y trouvaient attachés.

Le maintien de la novation et de ses effets n'est pas subordonné à l'exécution effective du nouvel engagement, d'ailleurs juridiquement efficace, qui s'est trouvé substitué à l'ancienne obligation[47].

Ainsi, en cas de novation opérée par dation en paiement, l'éviction de l'immeuble que le créancier a reçu, ne fait point revivre, à son profit, l'ancienne obligation avec ces accessoires, et ne donne lieu qu'à un recours en garantie, pour cause d'éviction, contre celui qui a livré l'immeuble[48].

Ainsi encore, en cas de novation par délégation, l'insolvabilité du tiers délégué laisse subsister la novation avec tous ses effets. Elle ne donne même pas ouverture à un recours en garantie contre

[44] Req. rej., 18 avril et 31 mai 1854, Sir., 55, 1, 14 et 46. Req. rej., 25 avril 1855, Sir., 55, 1, 712.

[45] Civ. cass., 23 juin 1841, Sir., 41, 1, 473. Civ. cass., 17 décembre 1862, Sir., 63, 1, 247.

[46] Voy. § 264 *ter*, texte n° 7, et notes 76 et 77 ; § 292, texte n° 1, et note 5.

[47] *Obligatio semel extincta non reviviscit.* Voy. cep. sur les conséquences de l'annulation ou de la rescision de la nouvelle obligation : les développements donnés au n° 3, texte *in fine*, et au n° 4 *in principio*.

[48] Art. 2038, et arg. de cet art. Toullier, VII, 301. Duranton, XII, 292. Grenier, II, *Des hypothèques*, II, 501. Larombière, III, art. 1278, n° 6. Bourges, 21 décembre 1825, Sir., 26, 2, 221. Cpr. Req. rej., 10 mai 1858, Sir., 59, 1, 161. Voy. au § 292, note 4, l'indication des auteurs qui se sont prononcés en sens contraire, et la réfutation de leur opinion.

l'ancien débiteur, à moins que le créancier n'en ait fait la réserve expresse, ou, qu'à son insu[49], le délégué ne fût déjà en faillite ou en déconfiture au moment où la novation est intervenue[50]. Art. 1276[51].

Du principe que les accessoires de l'ancienne créance s'éteignent avec elle, il suit que les priviléges et hypothèques qui la garantissaient, ne passent pas à la nouvelle créance. Art. 1278. Il en résulte encore que la novation opérée à l'égard du débiteur principal, libère les cautions. Art. 1281, al. 2.

D'un autre côté, la novation intervenue entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires libère tous les autres. Art. 1281, al. 1er.

Mais la novation opérée entre le créancier et la caution, ou l'une des cautions, même solidaires, dans le but de la dégager du cautionnement, ne libère, ni le débiteur principal, ni les autres cofidéjusseurs[52].

Si, de sa nature, la novation entraîne l'extinction des priviléges et hypothèques de l'ancienne obligation, le créancier peut cependant, au moyen d'une réserve expresse[53], les faire passer à la nouvelle créance, sous les distinctions suivantes. Art. 1278.

[49] Le créancier qui connaissait la faillite ou la déconfiture du délégué, est par cela même censé avoir renoncé à tout recours contre le débiteur déléguant. *Volenti non fit injuria. Rapport fait au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 481, n° 40). Pothier, n° 605. Duranton, XII, 325. — Il importe peu, du reste, que l'insolvabilité du délégué fût ou non connue du déléguant. Maleville, sur l'art. 1276. Merlin, *Rép.*, v° Délégation, § 2. Duranton, *loc. cit.* Zachariæ, § 323, note 10.

[50] L'art. 1276 dit au *moment de la délégation*, parce qu'il suppose que la novation s'est opérée en même temps que la délégation. S'il en était autrement, ce serait évidemment le moment de la novation auquel on devrait s'arrêter.

[51] Le recours en garantie qui, dans les deux hypothèses indiquées au texte, appartient au créancier contre le déléguant, n'a rien de commun avec l'ancienne obligation, qui n'en reste pas moins éteinte avec tous ses accessoires. Duranton, XII, 327 et 328. Marcadé, sur l'art. 1276, n° 1. Larombière, III, art. 1276, n° 2. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 224 *bis*, II et III. L'opinion de cet auteur est en opposition avec la règle *Obligatio semel extincta non reviviscit*, et avec le texte même de l'art. 1276, qui ne parle que de la réserve d'un recours contre le débiteur déléguant.

[52] Civ. cass., 18 juillet 1866, Sir., 66, 1, 429.

[53] Il est bien entendu qu'une pareille réserve ne peut, d'ailleurs, avoir lieu que conformément aux principes qui régissent le système hypothécaire. C'est

Lorsque l'hypothèque a été fournie par le débiteur ou acquise sur lui, elle peut être réservée pour la garantie de la nouvelle obligation, sans qu'il soit besoin de son consentement, alors même que la novation s'opère par changement de débiteur[54].

Quand l'hypothèque a été constituée par un codébiteur solidaire, et que la novation intervient entre le créancier et l'un des autres codébiteurs solidaires, l'hypothèque ne peut être réservée que du consentement de celui qui l'a fournie[55]. Art. 1280[56].

Il en serait de même, au cas de novation conclue avec le débi-

ainsi, par exemple, que l'inscription spéciale, prise pour sûreté de l'ancienne créance, ne vaut que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle elle a été requise, lors même que le chiffre de la nouvelle créance est supérieur. Zachariæ, § 323, texte et note 7. Cpr. Civ. rej., 15 mars 1815, Sir., 15, 1, 201.

[54] *Non obstat* art. 1279. Si cet article dit : « Lorsque la novation s'opère par « la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs « ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur, » c'est en ce sens seulement que les hypothèques légales et judiciaires, grevant les biens de l'ancien débiteur, ne sauraient, même du consentement du nouveau débiteur, s'étendre sur ses propres biens, et que, d'un autre côté, l'hypothèque conventionnelle, par lui constituée, ne peut jamais prendre la date et le rang de l'hypothèque existant sur les biens du débiteur originaire. Mais, ni l'art. 1278, ni l'art. 1279, n'exigent l'accession de ce dernier pour la conservation des priviléges et hypothèques dont ses biens se trouvent grevés. Toullier, VII, 312. Duranton, XII, 310 et 311. Larombière, III, art. 1280, n° 2. Colmet de Santerre, V, 226 *bis*, III et IV. Voy. en sens contraire : Pothier, n° 599 ; Delvincourt, II, p. 570 ; Marcadé, sur l'art. 1279, n° 3.

[55] Tel est le véritable sens de l'art. 1280, dont le but n'est pas de rendre absolument impossible la conservation des priviléges et hypothèques existant sur les biens des codébiteurs solidaires qui n'ont pas concouru à la novation, mais seulement d'en subordonner la conservation au consentement de ces derniers. Pothier, n° 599.

[56] La disposition de l'art. 1280 paraît assez difficile à justifier. Bien que les codébiteurs solidaires, libérés par la novation qui s'est opérée entre le créancier et l'un d'entre eux, ne puissent, sans leur consentement, être personnellement tenus des conséquences de la nouvelle obligation, on ne voit pas pourquoi ce consentement est nécessaire pour la réserve, dans la mesure du moins de l'ancienne obligation, d'hypothèques dont le maintien n'est aucunement incompatible avec la libération personnelle des propriétaires des immeubles grevés. Toullier, VII, 313. Duranton, XII, 305. Larombière, III, art. 1279, n° 2. Colmet de Santerre, V, 228 *bis*, II et III. Cpr. Req. rej., 11 juillet 1827 : Dalloz, 1827, 1, 301.

teur principal, de l'hypothèque donnée par une caution ou par un tiers non personnellement obligé [57].

Si, au contraire, la novation s'est opérée par expromission, le créancier peut réserver les hypothèques attachées à sa créance, sans avoir besoin du consentement du codébiteur solidaire, de la caution, ou du tiers non personnellement obligé, qui les ont constituées [58].

Quant aux engagements personnels des codébiteurs solidaires et des cautions, le créancier ne peut jamais les réserver d'une manière pure et simple : il doit, pour en empêcher l'extinction, exiger l'accession des codébiteurs solidaires et des cautions à la nouvelle obligation, ou faire dépendre de cette accession l'existence de la novation [59]. Art. 1281.

IV. DE LA COMPENSATION [1].

§ 325.

1. *Définition et division de la compensation.*

La compensation est l'extinction totale ou partielle de deux dettes qui se soldent mutuellement, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, à raison de la circonstance que le débiteur et

[57] Arg. *a fortiori*, art. 1280. Au point de vue où le législateur s'est placé, en disposant, ainsi qu'il l'a fait, dans l'article 1280, il est impossible de ne pas en appliquer la disposition aux cautions personnelles ou réelles, dont la condition est plus favorable encore que celle des codébiteurs solidaires.

[58] Cette hypothèse, à laquelle l'art. 1280 est complètement étranger, puisqu'il ne s'agit plus d'une novation opérée entre le créancier et l'un des codébiteurs solidaires ou le débiteur principal, et que le législateur n'a d'ailleurs pas spécialement prévue, rentre par cela même sous l'application de la règle générale posée par l'art. 1278, qui autorise le créancier à faire passer à la nouvelle créance, au moyen d'une réserve expresse, les hypothèques attachées à sa créance primitive, sans exiger qu'il obtienne à cet effet le consentement de celui du chef duquel elles procèdent. Colmet de Santerre, V, 228 *bis*, I.

[59] Pothier, n° 599. Toullier, VII, 314. Duranton, XII, 317. Colmet de Santerre, V, 228 *bis*, I.

[1] Cpr. sur cette matière : *Dissertation*, par Frédéric Duranton, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 737 et 862. *Dissertation*, par Pilette, *Revue historique*, 1861, VII, p. 5 et 132. *De la compensation et des demandes reconventionnelles*, par Lair ; Paris, 1862, 1 vol. in-8. *De la compensation et des demandes reconventionnelles*, par Desjardins : Paris, 1864, 1 vol. in-8°.

le créancier de l'une se trouvent être en même temps créancier et débiteur de l'autre[2]. Art. 1289.

La compensation est, ou légale, ou facultative, ou judiciaire.

La compensation légale est celle qui, moyennant le concours de certaines conditions, s'opère de plein droit, et sans l'intervention des parties intéressées, à l'instant même où les deux dettes se trouvent exister à la fois. Art. 1290.

La compensation facultative est celle qui s'opère par suite d'une exception, que propose celle des parties dans l'intérêt de laquelle la loi a rejeté la compensation légale[3].

La compensation judiciaire est celle à laquelle peut donner lieu une demande reconventionnelle que forme la partie dont la créance ne réunit pas encore toutes les conditions requises pour la compensation légale[4].

§ 326.

2. *Des conditions de la compensation légale.*

Les conditions de la compensation légale sont au nombre de quatre.

1° Les deux dettes à compenser doivent avoir, l'une et l'autre, pour objet, soit une somme d'argent, soit une certaine

[2] *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.* L. 1, D. *de comp.* (16,2).

[3] C'est ainsi que le déposant peut faire cesser, par l'effet de sa volonté, l'obstacle qui s'oppose à la compensation de la somme qu'il a déposée, avec celle dont il se trouve débiteur envers le dépositaire. Art. 1293, n° 2. Voy. encore : § 326, note 23; Toullier, 396 à 399; 401 à 405; Delvincourt, II, p. 581, Duranton, XII, 383; Larombière, III, art. 1293, n° 16; Lair, p. 264; Desjardins, n° 132; Lyon, 18 mars 1831, Sir., 31, 2, 229; Req. rej., 1er avril 1844, Sir., 44, 1, 468.

[4] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XII, p. 184 et suiv., n° 13).— *Reconventio est mutua rei petitio, ad petitionem actoris redacta.* La demande reconventionnelle est une demande incidente par laquelle le défendeur provoque la reconnaissance ou la liquidation d'une créance qu'il prétend avoir contre le demandeur, afin de pouvoir ensuite la compenser avec la dette dont ce dernier réclame le paiement. Cpr. sur la reconvention, sur les cas où elle peut être formée, et sur ses effets : § 326, texte et note 10; Toullier, VII, 346 à 360, 408 à 419; Duranton, XII, 461 à 466; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 233; Req. rej., 1er juin 1851, Sir., 51, 1, 740.

quantité de choses fongibles entre elles[1]. Art. 1291, al. 1er[2].

Toutefois, les prestations en grains, ou autres denrées dont le prix est réglé par des mercuriales, peuvent se compenser[3] avec des sommes d'argent. Art. 1291, al. 2. Mais elles ne pourraient se compenser avec des denrées d'une autre espèce ou qualité, lors même que le prix en serait également réglé par des mercuriales[4]. D'un autre côté, et en admettant que la disposition du second alinéa de l'art. 1291 s'applique non-seulement à des prestations proprement dites, c'est-à-dire à des redevances périodiques, mais encore à toute dette de denrées, quelle qu'en soit l'origine[5], il

[1] Il ne suffit pas que ces choses soient fongibles chacune séparément; il faut qu'elles le soient l'une par rapport à l'autre. Ainsi, par exemple, une pièce de vin de Bordeaux, de telle année, qui formerait l'objet d'un prêt de consommation, constituerait bien une chose fongible ; cependant, elle ne pourrait être compensée avec une autre pièce de vin de Bordeaux, d'une autre année également fongible isolément envisagée, parce que ces deux pièces de vin, de qualité différente, ne sont point fongibles entre elles. C'est là probablement l'idée que le législateur a voulu rendre en disant, dans l'art. 1290, que les choses fongibles doivent être *de la même espèce*. Marcadé, sur les art. 1291 et 1292, n° 1. Larombière, III, art. 1291, n° 10. Desjardins, n° 112. Colmet de Santerre, V, 242 *bis*, II. Zachariæ, § 328, texte et note 1re. Cpr. Duranton, XII, 394.

[2] La condition de fongibilité, exigée par l'art. 1291, est une conséquence du principe qu'on ne peut, contre le gré du créancier, payer une chose pour une autre. Art. 1243. Pothier, n° 626. Toullier, VII, 363.

[3] Il ne faut pas conclure de là que la compensation ne soit, en pareil cas, que facultative ; les expressions *peuvent se compenser*, qui portent sur les choses et non sur les personnes, ne signifient pas que les parties aient la faculté d'opposer ou non la compensation; elles indiquent une exception au principe précédemment établi. Duranton, XII, 390. Desjardins, *loc. cit.* Zachariæ, § 326, texte et note 3.

[4] *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*. Larombière, III, art. 1291, n° 11. Lair, p. 206. Colmet de Santerre, V, 242 *bis*, XV. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 1291 et 1292, n° 2 ; Desjardins, n° 113 ; Zachariæ, § 326, texte et note 3.

[5] Cette thèse, professée par Duranton (XII, 390), Marcadé (sur les art. 1291 et 1292, n° 2), et M. Desjardins (n° 113), est très-contestable. La disposition exceptionnelle du second al. de l'art. 1291 s'explique, quand il s'agit de redevances périodiques, par la considération que le créancier, en stipulant de pareilles redevances, a bien moins eu en vue d'obtenir des livraisons en nature, que de s'assurer un revenu pécuniaire dont la progression suivra celle du prix des denrées. Mais on ne saurait, en général, supposer la même intention au créancier d'une obligation unique, consistant dans la livraison d'une certaine quantité de

semble cependant que cette extension devrait être écartée, si le créancier des denrées avait un intérêt légitime à repousser la compensation en offrant le paiement immédiat de sa dette en argent, et spécialement au cas où il s'agirait d'un achat de denrées conclu entre commerçants, dans un but de spéculation commerciale.

2° Les deux dettes doivent être également liquides[6]. Art. 1291. On appelle dette liquide, celle dont l'existence est certaine et dont la quotité se trouve déterminée[7].

Une dette contestée n'est donc pas liquide, et ne peut être admise comme susceptible d'entrer en compensation, à moins cependant que celui qui l'oppose n'ait en main la preuve de l'existence de la dette contestée, et ne soit ainsi en état d'en justifier promptement[8].

Une dette d'ailleurs certaine, mais dont la quotité dépend d'un règlement de compte ou d'une estimation, n'est pas non plus liquide[9]. Cependant le juge, devant lequel un débiteur est assigné en paiement d'une dette liquide, peut, sur la demande reconventionnelle formée par ce dernier, en paiement d'une dette dont la quotité, non encore fixée, est susceptible d'une liquidation facile, surseoir à statuer sur la demande principale, jusqu'à ce que la demande reconventionnelle soit en état[10].

denrées; et c'est par ce motif que nous croyons devoir rejeter la compensation légale pour les hypothèses indiquées dans la suite du texte. Cpr. Larombière, III, art. 1291, n° 11.

[6] Cpr. Req. rej., 13 décembre 1854, Sir., 56, 1, 424.

[7] *Cum certum est an et quantum debeatur.* Pothier, n° 628. Toullier, VII, 369. Duranton, XII, 397. Cpr. Bordeaux, 5 mai 1830, Sir., 30, 2, 348; Civ. cass., 17 juin 1839, Sir., 39, 1, 581; Civ. cass., 12 janvier 1841, Sir., 41, 1, 129.

[8] En exigeant que les deux dettes soient également liquides, la loi ne demande cependant pas qu'elles soient reconnues par les débiteurs. *Rapport fait au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 484, n° 47). Pothier et Duranton, *locc. citt.* Toullier, VII, 371. Desjardins, n° 116. Colmet de Santerre, V, 242 *bis*, V. Cpr. Civ. cass., 12 janvier 1841, Sir., 41, 1, 129.

[9] *Rapport* ci-dessus cité (Locré, *op. et loc. citt.*). Pothier, *loc. cit.* Toullier, VII, 370. Larombière, III, art. 1291, n° 3. Desjardins, n° 117. Paris, 23 avril 1811, Sir., 11, 2, 220. Agen, 24 juillet 1865, Sir., 66, 2, 113.

[10] L. 14, C. *de comp.* (4, 31). *Discussion au Conseil d'État*, sur l'art. 1291 (Locré, *Lég.*, XII, p. 184, n° 13). Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 2, n° 1. Maleville, sur l'art. 1291. Toullier, VII, 411 et suiv. Larombière, III, art. 1293, n° 20. Desjardins, n° 117. Colmet de Santerre, V, 251 *bis*, VII. Zacha-

3° Les deux dettes doivent être exigibles. Art. 1291. Ainsi, on ne peut fonder de compensation sur une obligation purement naturelle[11], sur une obligation prescrite[12], sur une obligation soumise à une condition suspensive[13], ni sur une obligation ajournée dont le terme n'est point encore arrivé[14], à moins qu'il ne s'agisse d'un simple délai de grâce. Art. 1292.

L'exigibilité résultant de la faillite ne peut jamais entraîner de compensation[15]. Quant à la déchéance du bénéfice du terme, fondée sur la déconfiture[16] ou sur la circonstance que le débiteur a

riæ, § 326, texte et note 4. Toulouse, 14 août 1818, Sir., 19, 2, 221. Req. rej., 19 juillet et 29 novembre 1832, Sir., 33, 1, 18 et 76. Civ. rej., 22 août 1865, Sir., 66, 1, 153. Voy. encore : Civ. cass., 3 février 1819, Sir., 19, 1, 279 ; Rennes, 13 janvier 1826, Dalloz, 1826, 2, 188 ; Bordeaux, 7 mars 1826, Sir., 26, 2, 276 ; Paris, 13 mai 1830, Sir., 30, 2, 352 ; Req. rej., 4 août 1851, Sir., 51, 1, 809.

[11] *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 365, n° 113). Toullier, VI, 389. Duranton, XII, 405 et 406. Desjardins, n° 120. Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, III, et 242 *bis*, X. Zachariæ, § 326, texte et note 5. Dijon, 27 décembre 1828, Sir., 31, 1, 277. Cpr. § 297, texte et note 23.

[12] Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 2, n° 3 ; *Quest.*, v° Papier-Monnaie, § 4. Delvincourt, II, p. 581. Duranton, XII, 408. Troplong, *De la prescription*, II, 833. Marcadé, sur l'art. 1291, n° 4. Desjardins, n° 120. Zachariæ, § 326, note 7, *in fine*. Cpr. cep. Larombière, III, art. 1291, n° 25.

[13] Toullier, VII, 374. Duranton, XII, 403. Marcadé, sur l'art. 1291, n° 3. Desjardins, *loc. cit.* Colmet de Santerre, V, 242 *bis*, IX. Zachariæ, § 326, texte et note 6. Civ. cass., 20 décembre 1837, Sir., 38, 1, 46. Req. rej., 21 janvier 1858, Sir., 58, 1, 310.

[14] Bourges, 17 juin 1829, Sir., 33, 1, 140. Civ. cass., 19 mai 1835, Sir., 35, 1, 715.

[15] La raison en est qu'au même instant où la dette, non encore échue, devient exigible par suite du jugement déclaratif de la faillite, le paiement ne peut plus en avoir lieu au préjudice des droits acquis à la masse des créanciers du failli. Ce principe, qu'avait déjà admis la jurisprudence (cpr. Civ. cass., 12 février 1811, Sir., 11, 1, 141 ; Civ. cass., 17 février 1823, Sir., 24, 1, 82 ; Lyon, 25 janvier 1825, Sir., 25, 2, 126), a été consacré dans toute sa généralité, sans distinction entre les dettes commerciales ou non commerciales, par la loi du 28 mai 1838. Code de commerce, art. 446, al. 3.

[16] La déconfiture, c'est-à-dire l'insolvabilité d'un non-commerçant, n'étant légalement attachée à aucun fait à la date duquel on puisse faire remonter l'exigibilité de la dette, il ne saurait y avoir lieu à compensation qu'à partir du jugement qui, en déclarant la déconfiture, prononce la déchéance du bénéfice du terme. Marcadé, sur les art. 1291 et 1292, n° 4 *in fine*. Desjardins, n° 120, p. 404 et 405. Larombière, III, art. 1294, n° 27. Demolombe, XXV, 701.

diminué, par son fait, les sûretés données au créancier[17], elle ne rend la créance exigible, et par suite susceptible d'entrer en compensation, qu'à partir du jugement qui prononce cette déchéance.

Lorsque deux personnes se trouvent respectivement créancières et débitrices de deux dettes, dont l'une est pure et simple et l'autre soumise à une condition résolutoire, il ne s'opère entre elles qu'une compensation provisoire, qui enlèvera bien au créancier de la créance pure et simple le droit d'en exiger le paiement tant que la condition résolutoire ne sera pas accomplie, mais qui n'entraînera l'extinction définitive des sûretés attachées à cette même créance, que du moment où il sera devenu certain que la condition ne s'accomplira pas[18].

Le créancier d'une dette liquide et exigible, auquel on opposerait en compensation une dette qui, selon lui, serait annulable ou rescindable, devrait, pour être autorisé à repousser la compensation, faire prononcer l'annulation ou la rescision de son engagement. S'il y parvient, il n'y aura jamais eu matière à compensation; que si, au contraire, il succombe, la compensation sera censée s'être opérée dès l'instant de la coexistence des deux dettes[19].

4° Le créancier de l'une des obligations doit être débiteur personnel et principal de l'autre obligation; et, réciproquement, le créancier de celle-ci doit être débiteur personnel et principal de celle-là[20]. Art. 1289.

[17] La compensation ne peut, dans ce cas, comme dans celui de déconfiture, avoir lieu qu'en vertu du jugement qui constate le fait auquel est subordonnée la déchéance du bénéfice du terme. Cpr. Duranton, XII, 411; Marcadé et Desjardins, *locc. citt.*

[18] Cpr. Toullier, VII, 374; Duranton, XII, 404; Marcadé, sur les art. 1291 et 1292, n° 3; Desjardins, n° 120; Req. rej., 24 juin 1846, Sir., 47, 1, 563. — Il résulte de la proposition énoncée au texte, que le débiteur de la dette pure et simple, en même temps créancier de la créance soumise à une condition résolutoire, ne peut, *pendente conditione*, demander la radiation de l'inscription prise pour la conservation de l'hypothèque attachée à sa dette.

[19] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 3, n° 2; Marcadé sur les art. 1291 et 1292, n° 4; Larombière, III, art. 1291, n° 24; Desjardins, n° 120, p. 403 et 404; Zachariæ, § 326, texte et note 6.

[20] C'est en ce sens que doivent être entendues les expressions « se trouvent *débitrices* l'un envers l'autre » de l'art. 1289, dont la rédaction, qui manque de précision, se rectifie et se complète par la disposition du second alinéa de l'art. 1294. — On a coutume d'exprimer la condition dont il s'agit ici, en disant que les créances et les dettes à compenser doivent être personnelles *à celui qui oppose*

Il résulte de ce principe que la compensation légale ne peut s'opérer : ni entre une créance due, en son nom personnel, à l'administrateur du patrimoine d'autrui, et une autre créance due, au débiteur de la première obligation, par la personne dont cet administrateur est chargé de gérer les biens[21]; ni entre la créance appartenant à une société commerciale, et la dette dont l'un des associés se trouve tenu envers le débiteur de cette créance[22]; ni, enfin, entre une dette garantie par un cautionnement, et la créance existant au profit de la caution contre le créancier de la première obligation[23].

et à celui auquel est opposée la compensation. Cpr. Toullier, VII, 375 ; Duranton, XII, 413 ; Zachariæ, § 326, texte et note 8. Mais cette manière de s'exprimer n'est pas exacte, puisqu'elle tend à confondre la compensation elle-même et le droit d'opposer une compensation opérée, ce qui est bien différent. Ainsi, par exemple, quoique l'obligation résultant d'un cautionnement ne soit pas compensable avec la créance due au débiteur principal, la caution a cependant le droit d'opposer la compensation qui s'est opérée du chef de ce dernier. Art. 1294, al. 1. Larombière, III, art. 1291, n° 2. Desjardins, n° 107.

[21] Ainsi, lorsque la même personne se trouve débitrice d'un tuteur et créancière du pupille de ce dernier, il ne s'opère point de compensation entre sa dette et sa créance, puisqu'elle n'est pas débitrice et créancière de la même personne. Cpr. pour les développements et les applications de cette première conséquence : Delvincourt, II, p. 575 et 576 ; Toullier, VII, 375 à 378 ; Duranton, XII, 413 à 418 ; Marcadé, sur l'art. 1290, n° 1 ; Larombière, art. 1291, n° 3 ; Desjardins, *loc. cit.* Toulouse, 21 juin 1832, Sir., 32, 2, 494.

[22] Cette proposition ne saurait souffrir difficulté, puisque toute société commerciale constitue une personne morale, distincte de la personne physique des associés. — S'il s'agissait d'une société civile, rien n'empêcherait, à notre avis, que l'un des associés ne pût opposer en compensation à sa dette envers un tiers, sa part dans une créance sociale contre ce dernier. Duranton, XII, 432. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 378 ; Troplong, *Des sociétés*, I, 79 ; Larombière, III, art. 1291, n° 6. L'opinion de ces auteurs est fondée sur l'idée, erronée selon nous, que les sociétés civiles constituent, tout aussi bien que les sociétés commerciales, des personnes morales.

[23] La caution poursuivie par le créancier peut, il est vrai, opposer à ce dernier la compensation de ce qu'il lui doit, car qui compense, paie : mais la compensation ne s'opère pas de plein droit, et ne date que du jour où elle a été opposée. Duranton, XII, 425. Colmet de Santerre, V, 246 *bis*, II. C'est aussi pour cette raison, et seulement en ce sens, que l'art. 1294, al. 2, dit *que le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.* Cette disposition, fondée sur ce que la compensation n'existe que lorsqu'elle a été opposée par la caution, n'enlève pas au débiteur principal le droit de s'en prévaloir, lorsqu'elle s'est une fois opérée. Duranton, XII, 427. Colmet de Santerre, *loc. cit.*

On doit décider, en vertu du même principe, que la partie condamnée aux dépens, avec distraction au profit de l'avoué adverse, ne peut opposer en compensation à ce dernier les sommes à elle dues par l'autre partie[24].

Aucune autre condition n'est, en général, requise pour la compensation légale. Ainsi :

a. L'incapacité personnelle des parties ne met aucun obstacle à la compensation, qui s'opère quoiqu'elles ne soient pas capables de payer ou de recevoir un paiement[25].

b. La nature des titres des deux créances et la diversité des causes sur lesquelles elles sont fondées[26], n'exercent en général[27] aucune influence sur l'admissibilité de la compensation. Art. 1293.

c. Il en est de même de la forme extérieure des actes au moyen desquels les créances sont constatées, et de la différence qui existe, sous ce rapport, entre ces actes[28].

d. L'inégalité entre le montant de l'une des créances et le montant de l'autre ne s'oppose pas non plus à la compensation, dont l'effet, en pareil cas, est d'éteindre la créance la plus faible en totalité, et la plus forte jusqu'à concurrence de la quotité de celle-ci. Art. 1290.

e. Enfin, la diversité des lieux auxquels l'une et l'autre dette doivent être acquittées, n'empêche pas davantage que la compensation ne s'opère de plein droit[29], sauf, en ce cas, les frais de

[24] Limoges, 30 mai 1844, Sir., 45, 2, 559. Paris, 15 décembre 1855, Sir., 56, 2, 225. Cpr. Bordeaux, 19 mars 1852, Sir., 52, 2, 420.

[25] Zachariæ, § 326, texte *in fine*, n° 1.

[26] Zachariæ, § 326, texte et note 10. Cpr. Req. rej., 12 août 107, Sir., 7, 1, 433 ; Bastia, 26 février 1855, Sir., 55, 2, 207.

[27] Les exceptions auxquelles ce principe est soumis seront développées au paragraphe suivant.

[28] Ainsi, une créance constatée par acte exécutoire, peut se compenser avec une créance établie par un acte qui n'est pas exécutoire. Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 2, n° 2. Desjardins, n° 124. Zachariæ, *loc. cit.* Civ. rej., 28 messidor an XIII, Sir., 6, 1, 73.

[29] Toullier (VII, 400) et Delvincourt (II, part. I, p. 178) enseignent que, dans ce cas, la compensation n'est que facultative, et ne s'opère pas de plein droit. Cette opinion est, selon nous, victorieusement réfutée par M. Duranton, qui démontre très-bien (XII, 386) que les expressions *on ne peut opposer la compensation*, dont se sert l'art. 1296, n'indiquent, pas plus dans cet article, que dans ceux qui le précèdent, une compensation facultative.

remise, dont il doit être fait état à la partie à laquelle ils peuvent être dus suivant les circonstances[30]. Art. 1296.

Toutefois, la compensation ne peut jamais avoir lieu au préjudice de droits acquis à des tiers, notamment en vertu d'une hypothèque[31], d'une saisie-arrêt[32], d'une acceptation ou signification de cession[33], de la faillite du débiteur[34], et de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de la vacance de sa succession[35]. Art. 1298, 1295, et arg. de ces articles.

[30] C'est-à-dire à celle en faveur de laquelle existe la différence du cours du change : il ne faut pas conclure de la rédaction de l'art. 1296, que les frais de remise soient nécessairement dus à la partie à laquelle la compensation est opposée. Duranton, *loc. cit.* Larombière, III, art. 1296, n° 2.

[31] Ainsi, le créancier hypothécaire, qui se rend adjudicataire de l'immeuble hypothéqué, ne peut, au préjudice des droits acquis aux autres créanciers hypothécaires, prétendre qu'il s'est opéré une compensation entre sa créance et le prix de l'adjudication. Voy. § 280, texte et note 21 ; § 284, texte et note 10.

[32] Art. 1298. Cpr. art. 1242 ; Code de procédure, art. 557 et suiv. ; Duranton, XII, 442 et 443 ; Colmet de Santerre, V, 250 *bis*, I à IV.

[33] Art. 1295. Cpr. art. 1690. La signification ou l'acceptation de la cession saisissant également le cessionnaire à l'égard du débiteur, empêchent, l'une et l'autre, toute compensation entre la créance cédée et les créances que ce dernier peut acquérir contre le cédant, postérieurement à cette signification ou acceptation, ou qui, bien qu'antérieures à ces actes, ne sont cependant devenues compensables que depuis. Duranton, XII, 437 et 438. Larombière, III, art. 1295, n° 11. Desjardins, n° 109. Civ. rej., 3 décembre 1851, Sir., 52, 1, 211. Voy. cep. Delvincourt, sur l'art. 1295. Mais l'acceptation de la cession produit des effets plus étendus que la simple signification, en ce qu'elle prive le débiteur du droit de faire valoir, contre le cessionnaire, l'exception de compensation, qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. Cpr. § 329, texte et note 9.

[34] La compensation ne peut avoir lieu en faveur de celui qui, étant créancier ou débiteur du failli avant l'ouverture de la faillite, est devenu depuis son débiteur ou son créancier. Cette compensation porterait, en effet, préjudice aux droits acquis à la masse des créanciers. Cpr. art. 2146 ; Code de commerce, art. 443 et 446 ; texte et note 15, *supra*. Toullier, VII, 381 ; Req. rej., 10 juillet 1832, Sir., 32, 1, 429.

[35] La vacance d'une succession ou son acceptation sous bénéfice d'inventaire peuvent, jusqu'à certain point, être assimilées à la faillite, parce que les droits des créanciers d'une succession vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire sont fixés d'une manière irrévocable dès l'instant de l'ouverture de cette succession. Arg. art. 2146. La compensation ne s'opérerait donc pas de plein droit, en l'absence même de toute opposition. Seulement, dans cette hypothèse, les poursuites exercées par l'héritier bénéficiaire contre un tiers qui serait tout à la fois débiteur et créancier de la succession, ou par ce dernier contre l'héritier bé-

§ 327.

3. *Des cas exceptionnels dans lesquels la compensation légale n'a pas lieu.*

La compensation légale n'a pas lieu :

1° Lorsque l'une ou l'autre des créances se trouve, à raison de la faveur qu'elle mérite, soustraite à la compensation légale en vertu d'une disposition spéciale de la loi.

Les créances privilégiées, sous ce rapport, d'après l'art. 1293, sont les suivantes :

a. Celle qui porte sur la restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé [1].

b. Celle qui a pour objet une chose déposée [2], ou prêtée à usage [3].

néficiaire, peuvent être arrêtées par l'exception de compensation respectivement opposée. Arg. art. 808. Toullier, VII, 380. Lair, p. 199. Voy. cep. Desjardins, n° 123, p. 424 et 425. D'après cet auteur, la compensation s'opérerait de plein droit, si aucune opposition n'avait encore été formée au moment où les deux créances sont devenues réciproquement exigibles. Cette opinion doit, à notre avis, être rejetée, puisqu'elle pourrait avoir pour résultat de rendre illusoire la faculté d'opposition appartenant aux créanciers de la succession.

[1] C'est-à-dire autrement que par autorité de justice. Cette disposition est une conséquence de la règle *Spoliatus ante omnia restituendus*. Cpr. Pothier, n° 625 ; Toullier, VII, 382.

[2] Les choses qui forment l'objet d'un dépôt régulier ne pouvant être fongibles (art. 1932), et la compensation ne pouvant s'opérer qu'entre choses fongibles (art. 1291), il faut supposer, pour expliquer l'utilité de la disposition dont s'agit, que le législateur n'a entendu parler ici que d'un dépôt irrégulier, par exemple, de celui d'une somme d'argent qui, d'après l'intention commune des parties, ne devait pas nécessairement être restituée au moyen des mêmes espèces monnayées. Pothier, *loc. cit.* Delvincourt, II, p. 578. Toullier, VII, 385. Duranton, VII, 448. Colmet de Santerre, V, 244 *bis*, VII. Que si, contrairement à cette manière de voir, on voulait admettre que le législateur a entendu parler non-seulement du dépôt irrégulier, mais aussi du dépôt régulier, il faudrait y appliquer ce que nous dirons à la note suivante sur le commodat.

[3] Différents systèmes d'interprétation ont été proposés pour expliquer cette disposition, qui paraît sans utilité, puisque les choses formant l'objet d'un commodat ne peuvent être des choses fongibles (art. 1875), et que les choses de cette espèce sont cependant les seules qui soient susceptibles de compensation. Art. 1291. — Delvincourt (II, p. 578) pense que le législateur a voulu prévoir le cas où, à raison de la perte de la chose empruntée, l'emprunteur a été condamné à en rembourser la valeur. Cette manière de voir, qui ne concorde ni

c. Celle enfin qui a pour cause des aliments insaisissables[4], c'est-à-dire, soit des provisions alimentaires adjugées par justice, soit des sommes ou pensions données ou léguées à titre d'aliments[5]. Code de procédure, art. 581, nos 2 et 4.

avec le texte du n° 2 de l'art. 1293, ni avec les explications données par les orateurs du gouvernement et du Tribunat (Locré, *Lég.*, XII, p. 385, n° 163, p. 486, n° 50), doit être écartée par cette considération, que le jugement qui condamne l'emprunteur à payer la valeur de la chose qu'il se trouve dans l'impossibilité de restituer en nature, substituant une dette de somme d'argent à celle d'un corps certain, lève par cela même le seul obstacle qui, d'après l'esprit de la loi, s'opposait à la compensation. Voy. Pothier, *Du prêt à usage*, n° 44 ; Toullier, VII, 383 : Duranton, XII, 449 ; Zachariæ, § 329, note 3. — M. Duranton (*Traité des contrats*, n° 971) avait d'abord regardé la disposition dont s'agit comme une reproduction de l'art. 1885, qui, dans son opinion, dénie à l'emprunteur le droit de rétention sur la chose empruntée. Mais il n'est pas à présumer que le but d'une disposition qui place le commodat sur la même ligne que le dépôt, ait été de refuser à l'emprunteur le droit de rétention dont jouit le dépositaire. Cpr. art. 1948. Voy. d'ailleurs, sur le véritable sens de l'art. 1885 : § 392, texte n° 3. Aussi M. Duranton n'a-t-il pas reproduit cette explication dans son *Cours de droit civil* (XII, 383), où il se rapproche, jusqu'à certain point, de l'opinion de Toullier. — Ce dernier auteur enseigne (VII, 383) que la disposition dont nous nous occupons s'applique au cas où, soit *de l'argent*, soit *d'autres choses fongibles*, forment, par exception, l'objet d'un prêt à usage. Cette explication, évidemment erronée, puisque de l'argent prêté à usage, *ad pompam et ostentationem*, n'est pas une chose fongible, peut cependant nous donner la clef de l'art. 1293, n° 2, qui repose sur la confusion que le législateur a faite ici, comme dans l'art. 1892, entre les choses fongibles et celles qui se consomment par l'usage. Cpr. § 166, texte et notes 2 à 4. Ces dernières peuvent, en effet, devenir l'objet d'un commodat ; mais, dans ce cas, elles ne sont pas fongibles, et se trouvent, par cela même, soustraites à la compensation en vertu de l'art. 1291. C'est pour n'avoir pas saisi cette distinction, et pour avoir erronément regardé comme fongibles les choses qui se consomment par l'usage, lors même qu'elles sont l'objet d'un commodat, que les rédacteurs du Code ont cru devoir établir, dans l'art. 1293, une règle tout à fait inutile en présence de l'art. 1291. Marcadé, sur l'art. 1293, n° 3. Desjardins, n° 122. Colmet de Santerre, V, 244 *bis*, VIII.

[4] L'inadmissibilité de la compensation étant subordonnée à la prohibition de saisir, il en résulte que la première cesse avec la seconde, et que la compensation a lieu dans les cas où la saisie est exceptionnellement permise. Voy. à cet égard : Code de procédure, art. 582 ; Delvincourt, II, p. 579 ; Duranton, XII, 453. Cpr. aussi : Toullier, VII, 386 ; Civ. cass., 17 mai 1831, Sir., 31, 1, 209.

[5] Duranton, XII, 451. Desjardins, n° 121. — Une pension alimentaire constituée à titre onéreux au profit de l'une des parties contractantes, ou comme

A ces trois exceptions, tirées du Droit civil, il faut en ajouter une quatrième, fondée sur les règles relatives à l'organisation des finances publiques. Elle concerne les contributions dues à l'État, à l'égard desquelles la compensation n'a jamais été admise[6].

Les autres créances de l'État sont, en ce qui concerne la compensation, soumises aux règles du Droit commun. Toutefois, la compensation légale ne s'opère, en ce qui les concerne, qu'autant que l'État se trouve, en sa double qualité de créancier et de débiteur, représenté par la même Régie, et que, d'ailleurs, cette compensation ne porte pas atteinte aux règles de la comptabilité financière[7].

La compensation légale n'a pas lieu :

2° Lorsque la volonté des parties s'y oppose. C'est ce qui se présenterait dans les hypothèses suivantes :

a. Si l'une ou l'autre des parties avait renoncé d'avance à la faculté de se prévaloir de la compensation[8].

b. Si celle-ci devait avoir pour effet de détourner l'une des sommes

condition d'une donation faite par la partie à laquelle elle est promise, n'est point insaisissable, lors même qu'elle aurait été déclarée telle par l'acte qui l'a établie. Desjardins, n° 121, *in fine*.

[6] C'est ce qui a été reconnu dans la discussion au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, XII, p. 186, n° 15). Cette exception n'a pas été formellement rappelée par l'art. 1293, parce qu'elle est étrangère au Droit civil. Civ. cass., 8 vendémiaire an XIV, Sir., 6, 2, 707. Civ. cass., 11 mai 1807, Sir., 7, 2, 745. Voy. cependant : Req. rej., 26 mai 1830, Sir., 30, 1, 257 ; Solution de la régie du 10 juin 1831, Sir., 33, 2, 337 ; Civ. rej., 30 janvier 1855, Sir., 55, 1, 130.

[7] Cpr. sur ces différents points : L. 45, § 5, D. *de jure fisci* (49, 14) ; L. 1, C. *de compens.* (4, 31) ; *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *op. et loc. citt.*) ; Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 3, n° 3, et *Quest. eod. v°*, § 3 ; Toullier, VII, 379 ; Duranton, XII, 420 ; Desjardins, n° 146 ; Zachariæ, § 329, texte et note 5 ; Civ. cass., 17 thermidor an VII, Sir., 7, 2, 793 ; Civ. cass., 19 mars 1811, Sir., 11, 1, 256 ; Civ. cass., 12 janvier 1841, Sir., 41, 1, 129.

[8] Delvincourt, II, p. 579. Marcadé, sur l'art. 1293, n° 5. Desjardins, n° 131. Colmet de Santerre, V, 241 *bis*, III. Zachariæ, § 327, texte et note 5 ; § 329, texte et note 1re. Bordeaux, 7 mars 1831, Sir., 31, 2, 250. Limoges, 7 avril 1843, Sir., 46, 2, 144. — Toullier (VII, 393) n'admet point la validité d'une renonciation anticipée à la compensation ; il appuie son opinion sur l'art. 2220. Mais l'argument d'analogie qu'il prétend en tirer n'est pas concluant, puisque la prescription est fondée sur un motif d'utilité générale, qui explique la prohibition établie par l'art. 2220. Une pareille prohibition ne se comprendrait pas en ce qui concerne la compensation, qui n'a été admise que par des raisons d'intérêt privé. Cpr. § 325, note 3. — Voy. sur la renonciation postérieure à la compensation opérée : § 329.

dues, de la destination à laquelle elle se trouvait spécialement affectée, soit d'après la nature de la convention, soit d'après l'intention formellement exprimée par celle des parties qui l'a remise à l'autre. C'est ainsi que la compensation ne peut s'opérer entre la mise sociale due par un commanditaire et les sommes dont il se trouve être créancier, par compte courant, de la société[9]. C'est ainsi encore qu'il ne s'opère pas de compensation entre la somme envoyée au tiré par le tireur d'une lettre de change, avec affectation spéciale au paiement de cette lettre, et la créance du tiré contre le tireur[10].

§ 328.

4. *De la manière dont s'opère la compensation, et de ses effets.*

La compensation légale s'opère de plein droit, à l'insu même des parties, dès l'instant où se rencontrent les conditions dont elle dépend. Art. 1290. Il est cependant bien entendu que si, nonobstant la compensation opérée, l'une des parties poursuivait l'autre, celle-ci devrait invoquer sa créance comme moyen de repousser l'action dirigée contre elle, et qu'à défaut par le défendeur d'opposer ce moyen de libération, le juge ne pourrait rejeter la demande, en déclarant d'office l'existence de la compensation[1].

Du reste, la compensation peut être opposée en tout état de cause, et même après une condamnation passée en force de chose jugée[2].

La compensation facultative n'a lieu que du moment où elle est opposée[3].

[9] Desjardins, n° 111. Aix, 15 juin 1855, Sir., 57, 2, 94.

[10] Desjardins, *loc. cit.* Rouen, 6 janvier 1849, Sir., 49, 2, 707. — Il en serait autrement, si les valeurs remises par le tireur au tiré n'avaient pas été spécialement affectées au paiement de traites déterminées. Req. rej., 9 juillet 1840, Sir., 40, 1, 969. Req. rej., 9 juin 1841, Sir., 41, 1, 705. Rouen, 24 avril 1845, Sir., 47, 2, 65. Lyon, 9 août 1848, Sir., 49, 2, 164.

[1] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Compensation, § 1, n° 5. Duranton, XII, 382 ; Desjardins, n° 105 ; Zachariæ, § 327, texte, *in fine.*

[2] La raison en est que la compensation tient lieu de paiement. Cpr. § 769, texte, n° 4. L. 2, C. *de compens.* (4, 31). Pothier, n° 604. Merlin, *Rép.*, *loc. cit.* Toullier, VII, 288. Duranton, XII, 459 et 460, Larombière, III, art. 1290, n° 2. Desjardins, *loc. cit.*

[3] Toullier, VII, 385, et 396 à 398. Desjardins, n° 140. Lyon, 18 mars 1831, Sir., 31, 2, 229. Voy. en sens contraire : Frédéric Duranton, *Revue de Droit français et étranger*, 1846, III, p. 874 et suivantes.

Quant à la compensation judiciaire, elle ne s'opère qu'en vertu du jugement qui la prononce. Toutefois, les effets en remontent, en général, au jour où elle a été proposée.

La compensation, soit légale, soit facultative, soit judiciaire, tient lieu de paiement[4]. Elle éteint, au moment où elle s'opère, les deux créances avec tous leurs accessoires, tels que priviléges, hypothèques et cautionnements. Cpr. art 1299. De ce principe découlent les conséquences suivantes :

a. A partir de la compensation opérée, les intérêts cessent de courir, peu importe que les deux créances fussent également productives d'intérêts, ou que l'une d'elles seulement portât intérêts.

b. La prescription qui courait contre l'une des parties ne peut s'accomplir après l'époque où la compensation s'est opérée, encore que celle-ci ne soit opposée qu'après l'expiration du temps au bout duquel la prescription se serait accomplie[5].

c. La caution peut se prévaloir de la compensation opérée entre le créancier et le débiteur principal, dans le cas même où il s'agirait d'un cautionnement solidaire[6]. Art. 1294, al. 1.

d. Lorsqu'il y a plusieurs dettes susceptibles de compensation légale, la compensation se fait suivant les règles établies, pour l'imputation, par l'art. 1256. Art. 1297. L'application à la compensation des dispositions de l'art. 1256, suppose que plusieurs dettes de l'une des parties sont venues à écheoir avant la dette unique de l'autre. Si la dette unique de l'une des parties était arrivée à échéance à une époque où une seule des dettes de l'autre partie était également devenue exigible, la compensation s'opérerait de plein droit entre ces deux dettes, et il ne pourrait plus y avoir lieu à l'application de l'art. 1256[7].

Le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. Art. 1294, al. 2. Quant aux codébiteurs solidaires, ils ne peuvent opposer au créancier la compensation de ce qu'il doit à l'un d'eux, si ce n'est pour la part de ce dernier dans la dette commune[8]. Art. 1294, al. 3.

[4] *Compensatio est instar solutionis.*

[5] Toullier, VII, 389. Desjardins, n° 125. Zachariæ, § 327, texte et note 3. Civ. cas., 3 février 1819, Sir., 19, 1, 279.

[6] Voy. au § 423 la justification de cette proposition.

[7] Req. rej., 2 mai 1860, Sir., 61, 1, 540.

[8] Voy. § 298 *ter*, texte, n° 2, notes 18 à 20.

§ 329.

5. *De la renonciation à la compensation opérée.*

Chacune des parties est libre de renoncer à la compensation qui s'est opérée en sa faveur.

Une pareille renonciation peut avoir lieu expressément ou tacitement. Mais, dans le doute, elle ne se présume pas. Ainsi, le débiteur qui, après avoir payé un à-compte, reste encore redevable d'un solde supérieur ou égal à la somme qui lui est due, ne perd pas le droit d'opposer ultérieurement la compensation [1]. Ainsi encore, celui qui reçoit, sans faire de réserves, la signification du transport d'une créance dont il avait été débiteur, ne perd pas, par son silence, le droit d'opposer au cessionnaire la compensation qui s'était opérée antérieurement à cette signification [2]. Art. 1295, al. 2.

La renonciation à la compensation peut être réciproque. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas du paiement d'une dette éteinte par compensation. Pour déterminer les effets d'un pareil paiement, il convient d'établir les distinctions suivantes :

Lorsque le paiement a été fait et reçu en connaissance de cause, chacune des parties est à considérer comme ayant renoncé à la compensation, de sorte que l'une des créances se trouve éteinte par le paiement, et que l'autre continue de subsister, toutefois entre les parties seulement, et sauf les droits acquis aux tiers par l'effet de la compensation [3]. Art. 1299 [4].

[1] Cpr. Req. rej., 17 juillet 1832, Sir., 33, 1, 76 ; Civ. rej., 24 décembre 1834. Sir., 35, 1, 141.

[2] Cpr. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XII, p. 279, n° 58) ; Desjardins, n° 128.

[3] Larombière, art. 1295, n° 3. Lair, p. 258. Cpr. cep. Desjardins, n° 129 ; Marcadé, sur l'art. 1299 ; Colmet de Santerre, V, 251 *bis*, IV. Suivant le premier de ces auteurs, la partie qui a payé, en connaissance de cause, une dette éteinte par compensation, aurait tout à la fois l'action dérivant de sa créance et la *condictio indebiti*. Suivant les deux derniers, elle ne jouirait que de cette dernière action. Ces deux opinions se rattachent à la controverse qui s'est élevée sur l'art. 1376. Cpr. § 442.

[4] Cet article ne parle que des priviléges et hypothèques ; mais il n'est pas douteux que sa disposition ne doive être étendue aux cautionnements. Duranton, XII, 457. Marcadé, sur l'art. 1299, n° 1. Desjardins, *loc. cit.*

Si le paiement a été fait par erreur, c'est-à-dire dans l'ignorance de la créance qui avait opéré, par compensation, l'extinction de la dette formant l'objet de ce paiement, celui qui l'a effectué conserve, même au regard des tiers, l'action naissant de sa créance avec tous les accessoires qui y étaient attachés. Art. 1299 [5]. Il en est ainsi, peu importe que l'autre partie ait reçu le paiement sciemment ou par erreur. Du reste, celui qui a fait le paiement par erreur aurait, outre l'action dérivant de sa créance, la *condictio indebiti;* et il pourrait avoir intérêt à exercer de préférence cette dernière action, dans le cas où les deux créances n'étant pas productives d'intérêt, l'autre partie aurait reçu le paiement de mauvaise foi [6].

Enfin, lorsque le paiement a été fait en connaissance de cause, qu'il ait été reçu sciemment ou par erreur, celui qui l'a effectué conserve contre l'autre partie, mais non à l'égard des tiers. l'action naissant de sa créance [7]. Si le paiement a été accepté par erreur, celui qui l'a reçu peut, de son côté, mais seulement dans ses rapports avec l'autre partie, demander le rétablissement des choses dans l'état où elles se trouvaient avant le paie-

[5] Les expressions de l'art. 1299 : *à moins qu'il n'eût eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette*, n'ont pas pour objet, ainsi que l'enseigne Toullier (VII, 391), d'exiger la double preuve, et de l'ignorance, et d'une juste cause sur laquelle elle serait fondée. L'ignorance constituant un fait négatif dont la preuve directe et absolue est impossible, il suffit que celui qui s'en prévaut justifie d'une cause probable d'ignorance. Telle est l'idée que le législateur nous paraît avoir voulu exprimer.

[6] Cpr. art. 1378. C'est au cas de paiement fait par erreur, et à ce cas seulement, que s'applique la loi 10, § 1, D. *de comp.* (16, 2), portant : *Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit. quasi indebito soluto.* Il est en effet évident que, si le paiement avait eu lieu en connaissance de cause, il ne donnerait pas ouverture à la *condictio indebiti*. Cpr. art. 1377 et § 442.

[7] La *condictio indebiti* ne pouvant être exercée en pareil cas (art. 1377). celui qui a fait le paiement serait privé de tout recours, si on lui refusait la faculté d'agir en vertu de son ancienne créance. Or, un pareil résultat n'est point acceptable. Vainement dirait-on que celui qui a payé est présumé avoir voulu donner. Cette présomption, qu'on est bien obligé d'admettre pour expliquer le paiement fait par une personne qui savait n'être pas débitrice, et qui, de son côté, n'était pas créancière, n'a plus la même force dans l'hypothèse actuelle. Ici, en effet, le paiement se comprend par l'intention de renoncer au bénéfice de la compensation ; et c'est en ce sens qu'il doit être interprété, d'après la règle *Renuntiatio strictissimæ est interpretationis.*

ment, en offrant de restituer les valeurs qui lui ont été remises[8].

L'acceptation du transport d'une créance compensée, emporte également renonciation à la compensation. Le débiteur cédé, qui accepte purement et simplement la cession faite à un tiers par son ancien créancier, n'est plus recevable à opposer au cessionnaire la compensation dont il eût pu se prévaloir contre le cédant; et il n'est pas même admis à se faire relever de la renonciation à la compensation, qu'a virtuellement entraînée son acceptation de la cession, sous prétexte qu'il ignorait l'existence, à son profit, de la créance qui avait opéré la compensation[9]. Art. 1295, al. 1er. D'un autre côté, le débiteur cédé recouvre, par suite de l'acceptation du transport, son ancienne action contre le cédant. Toutefois, il ne peut plus se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges, hypothèques ou cautionnements attachés à sa créance, à moins cependant qu'il n'ait accepté le transport que dans l'ignorance de la compensation. Art. 1299[10].

Quant au cessionnaire d'une créance éteinte par compensation, il ne peut, même au cas où le transport aurait été purement et simplement accepté par le débiteur cédé, faire valoir au préjudice des tiers les accessoires autrefois attachés à cette créance[11].

[8] Celui qui a fait le paiement en connaissance de cause, n'a pas pu priver celui qui l'a reçu par erreur, du droit d'opposer la compensation. Mais dès que ce dernier l'oppose, il est obligé de rétablir les choses dans l'état où elles se trouvaient avant le paiement, en restituant les valeurs qui en ont formé l'objet. Cpr. Pau, 10 mai 1826, Sir., 27, 2, 126.

[9] L'exception établie par la disposition finale de l'art. 1299 ne peut s'étendre à cette hypothèse. Autre est la position des tiers dont s'occupe cette disposition, tiers auxquels la loi ne fait aucun tort en les privant du bénéfice d'une compensation qu'ils ne tenaient que d'elle-même, et qui résulte, d'ailleurs, d'une circonstance sur laquelle ils n'étaient pas autorisés à compter; autre la position du cessionnaire qui, par suite de la renonciation du débiteur cédé à la compensation, a acquis contre ce dernier un avantage dont la privation pourrait lui causer un dommage irrémédiable. Il serait d'autant plus injuste de le laisser en perte, qu'il aurait été induit en erreur par le fait du débiteur cédé. Delvincourt, sur l'art. 1295. Duranton, XII, 436. Larombière, III, art. 1295, n° 5. Desjardins, n° 130.

[10] Quoique cet article ne parle textuellement que du paiement d'une dette compensée, la règle et l'exception qu'il établit doivent, par analogie de motifs, être étendues à l'acceptation de la cession d'une créance compensée. Duranton, XII, 434. Desjardins, *loc. cit.*

[11] Duranton, XII, 435, Colmet de Santerre, V, 247 *bis*, IV.

V. DE LA CONFUSION.

§ 330.

La confusion, considérée comme mode d'extinction des obligations[1], est la réunion ou le concours, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur d'une seule et même obligation[2]. Art. 1300.

Ce concours a lieu d'ordinaire: lorsque le créancier succède à titre universel au débiteur, et réciproquement; ou lorsqu'une tierce personne succède à titre universel, tant au créancier qu'au débiteur. Mais il peut aussi se produire par suite d'une transmission de la créance à titre particulier[3].

A la différence de la compensation, la confusion peu avoir lieu, bien que l'obligation se trouve encore soumise à une condition suspensive ou à un terme[4].

Du reste, la confusion ne s'opère qu'autant qu'il s'agit d'une succession ou transmission en pleine propriété[5].

La confusion a lieu pour la totalité ou pour partie, suivant que la succession, par suite de laquelle elle s'opère, fait passer au successeur la totalité ou une partie seulement des droits et des obligations de son auteur[6].

La confusion ne doit pas être assimilée à un paiement: elle a plutôt pour effet de dégager de l'obligation le débiteur dans la

[1] Cpr. sur les autres significations juridiques du mot *confusion* : Duranton, XII, 467 ; Toullier, VII. 421.

[2] A la différence de la compensation, laquelle éteint deux dettes, qui se soldent l'une par l'autre, la confusion n'éteint qu'une seule obligation. L'art. 1300 est donc rédigé d'une manière inexacte. Cpr. Duranton, *loc. cit.* ; Delvincourt, II, p. 583 ; Larombière, III, art. 1300, n° 1 ; Zachariæ, § 330, texte et note 1re. Cette inexactitude nous paraît avoir induit en erreur la Cour de cassation, qui a admis la confusion dans une espèce où ne se présentait qu'une question de compensation judiciaire. Civ. cass., 13 mai 1833, Sir., 33, 1, 668.

[3] Larombière, III, art. 1300, n° 2. Colmet de Santerre, V, 252 *bis*, III. Voy. aussi les deux derniers arrêts cités à la note suivante.

[4] Zachariæ, § 330, texte et note 3. Req. rej., 18 juillet 1820, Sir., 21, 1, 97. Civ. cass., 11 décembre 1832, Sir., 33, 1, 140. Civ. rej., 19 avril 1848, Sir., 48, 1, 385.

[5] Duranton, XII, 469 *bis*. Civ. cass., 19 décembre 1838, Sir., 39, 1, 133.

[6] Cpr. Pothier, 648 : Toullier, VII, 422 : Duranton, XII, 469 : Delvincourt, II, p. 583.

personne duquel elle s'opère, que d'éteindre l'obligation elle-même [7]. Il en résulte :

a. Que la confusion produite par la réunion, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur solidaire, ne profite aux autres codébiteurs solidaires, que pour la portion dont se trouvait, à leur égard, tenu dans la dette, celui du chef ou dans la personne duquel la confusion s'est opérée. Art. 1301, al. 3, cbn. 1209.

b. Qu'une obligation éteinte par confusion dans la personne de l'héritier, doit, pour le calcul de la quotité disponible, être comprise dans la composition de la masse, soit comme valeur active, lorsque le défunt en était créancier, soit comme dette passive, lorsqu'il s'en trouvait débiteur [8].

c. Que la confusion qui s'opère par le concours, dans la même personne, des qualités de créancier et de caution, ne profite pas au débiteur principal [9]. Art. 1301, al. 2.

Mais la confusion produite par la réunion, dans la même personne, des qualités de créancier et de débiteur principal, profite à la caution [10]. Art. 1301, al. 1.

Le bénéfice d'inventaire forme obstacle à la confusion. Art. 802, n° 2 [11].

Lorsque la cause qui a produit la confusion vient à disparaître, la créance qu'elle avait éteinte renaît, en général, avec tous ses accessoires, même à l'égard des tiers. Il en est ainsi notamment, lorsque l'héritier est déclaré indigne, que son acceptation de la succession est révoquée, ou que le testament qui l'avait appelé à l'hérédité, vient à être annulé [12],

7 *Confusio potius eximit personam ab obligatione, quam extinguit obligationem.* Cpr. L. 71, D. *de fidej.* (46, 1). Duranton, XII, 481. Larombière, III, art. 1300, n° 3. Colmet de Santerre, V, 252 *bis*, IV.

8 Duranton, XII, 481. Larombière, III, art. 1300, n° 3. Colmet de Santerre, *loc. cit.*

9 La confusion n'éteint, en pareil cas, que le cautionnement. Toullier, VII, 429. Duranton, XII, 476.

10 L'action du créancier contre la caution se trouve neutralisée par le recours dont la caution jouirait contre lui, en sa qualité de débiteur principal. Cpr. art. 2028 et suiv.

11 Cpr. § 618, texte n° 1, lett. *b*.

12 Cpr. art. 729 et 783 ; § 593, texte n° 4 ; Delvincourt, II, p. 585 ; Toullier, VII, 437 et suiv. ; Duranton, XII, 483 à 487. Colmet de Santerre, V, 255 *bis*, III. — *Quid* en cas de cession de droits successifs ? Cpr. § 359 *ter*, texte n° 3,

Il est toutefois à remarquer que celui dans la personne duquel la confusion s'est opérée, ne peut, par son propre fait, et au moyen du transport de la créance éteinte par confusion, la faire revivre au préjudice des tiers[13].

VI. DU MODE D'EXTINCTION RÉSULTANT DE LA SURVENANCE D'UN EMPÊCHEMENT QUI REND IMPOSSIBLE L'ACCOMPLISSEMENT DE L'OBLIGATION.

§ 331.

L'obligation s'éteint, lorsque la prestation qui en forme la matière, devient physiquement ou légalement impossible[1]. Si cependant l'obstacle qui s'oppose à la prestation, est le résultat d'une faute imputable au débiteur, ou si ce dernier se trouve exceptionnellement responsable des cas fortuits et de force majeure, soit en vertu d'une clause qui le charge de ces risques, soit à raison de sa mise en demeure, l'obligation primitive se convertit en une obligation de dommages-intérêts[2].

Le principe qui vient d'être posé et l'exception qui y a été apportée s'appliquent aux obligations de faire, aussi bien qu'aux obligations de livrer[3]. Toutefois, il faut, en ce qui concerne spécialement les obligations de livrer, distinguer les trois hypothèses suivantes :

1° Lorsque la prestation consiste dans la délivrance d'une chose individuellement déterminée (*species*), l'obligation s'éteint par la

[13] Voy. les deux derniers arrêts cités à la note 4 *supra*.

[1] *Obligatio, quamvis initio recte constituta, extinguitur, si inciderit in eum casum a quo incipere non poterat.* L. 140, § 2, D. *de V. O.* (45, 1). § 2, *Inst. de inut. stip.* (3, 19). Toullier, VII, 446. Cpr. Rouen, 9 février 1844, Sir., 44, 2, 402 ; Civ. cass. et Civ. rej., 9 janvier 1856, Sir., 56, 1, 129 et 145.

[2] Cpr. sur ce point : § 308, texte nos 2 et 3.

[3] Toullier, VII, 462. Colmet de Santerre, V, 256 *bis*, I, Zachariæ, § 331, texte *in fine*. L'art. 1302 ne parle que de la perte de la chose due, *quia lex statuit de eo quod fit plerumque*. Mais la disposition de cet article repose sur le principe énoncé au texte ; et ce principe une fois admis, on doit, à raison de sa généralité, l'appliquer aux obligations de faire, tout comme aux obligations de livrer. C'est pour ce motif que nous avons cru devoir adopter, en ce qui concerne le mode d'extinction dont nous nous occupons, un titre plus général que celui de la loi. — Il est, du reste, à remarquer que le Code ne s'occupe point ici de l'effet que produit, dans les contrats synallagmatiques l'extinction de l'obligation de l'une des parties sur le sort de l'obligation de l'autre. Cette question, qui se rattache à la dissolution des contrats, sera traitée au § 348.

perte[4] de cette chose, et ne se convertit en dommages-intérêts que dans les cas ci-dessus indiqués. Art. 1302, al. 1. Cpr. art. 1303[5]. Le débiteur peut même, quand il n'est responsable des cas fortuits qu'à raison de sa mise en demeure, se soustraire au paiement de tous dommages-intérêts, en prouvant que la chose, qu'il est dans l'impossibilité de livrer par suite d'un cas fortuit, eût également péri chez le créancier. Art. 1302, al. 2[6].

2° Ce qui vient d'être dit reçoit également application, lorsque l'obligation a pour objet la délivrance d'une chose comprise parmi

4 Le mot *perte*, pris ici dans son sens le plus général, comprend tous les cas, sans exception, où la chose est perdue, détruite, ou mise hors du commerce. Art. 1302, al. 1, et 1303.

5 En disant que le débiteur est tenu de céder au créancier les droits et actions en indemnité qu'il peut avoir par rapport à la chose perdue, détruite, ou mise hors du commerce, l'art. 1303 énonce une règle qui trouve difficilement son application sous l'empire du Code. Ces actions, en effet, appartiennent de plein droit au créancier, lorsque l'obligation de livrer se rattache à un titre translatif de droits réels. Art. 1138. Que si l'obligation de livrer découle d'une convention constitutive seulement d'un droit personnel, la perte de la chose, arrivée par la faute d'un tiers, donne au créancier, en son propre nom, et dans la mesure de son droit, une action en indemnité fondée sur l'art. 1382. Cpr. cep. Grenoble, 27 février 1834, Sir., 34, 2, 367. Cet arrêt nous paraît avoir fait une fausse application de l'art. 1303, en décidant que le débiteur est, en cas d'incendie de l'immeuble par lui hypothéqué, tenu de céder aux créanciers hypothécaires son action en indemnité contre l'assureur de cet immeuble ; en effet, le fonds hypothéqué ne forme pas l'objet de la prestation due par le débiteur. Colmet de Santerre, V, 260 *bis*, IV. Cpr. § 283, texte et note 10.

6 L'exception introduite par le second alinéa de l'art. 1302 doit être admise dans le cas même où il s'agit de la restitution d'une chose volée. Si le quatrième alinéa du même article dit que la perte de la chose volée ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix, *quelle que soit la manière dont cette chose ait péri ou ait été perdue*, c'est pour indiquer qu'il est, dans cette hypothèse, inutile d'examiner si c'est par la faute ou sans la faute du débiteur que la perte a eu lieu. Le voleur, constitué en demeure par le fait même du vol, est nécessairement tenu des cas fortuits et de force majeure. Mais, comme il n'est responsable de ces risques qu'à raison de sa mise en demeure qui s'opère de plein droit, il en résulte que l'exception établie par le second alinéa de l'art. 1302 lui est parfaitement applicable. Cpr. § 308, notes 6, 38 et 39. L'opinion contraire conduirait d'ailleurs à une violation manifeste de la règle *Nemo cum damno alterius locupletior fieri debet*. Duranton, XII, 506. Voy. cep. en sens contraire : Pothier, n° 664 ; Toullier, VII, 468 ; Larombière, IV, art. 1302, n° 14 ; Colmet de Santerre, V, 259 *bis* : Zachariæ, § 331, texte et note 6.

un certain nombre de choses déterminées dans leur individualité (*unum de certis*), et que toutes ces choses viennent à périr[7].

3° Au contraire, le mode d'extinction dont il est actuellement question, est étranger au cas où l'obligation a pour objet la délivrance d'une chose déterminée seulement quant à son espèce[8] : *Genus nunquam perit.*

VII. DES ACTIONS EN NULLITÉ ET EN RESCISION.

§ 332.

Aperçu historique.

D'après l'ancien Droit français, l'action en nullité et l'action en rescision différaient l'une de l'autre sous le triple rapport des causes qui y donnaient ouverture, de la manière de les intenter, et de la prescription à laquelle elles étaient soumises.

L'action en nullité était celle par laquelle on provoquait l'anéantissement d'une obligation dont la nullité était prononcée par les ordonnances ou par les coutumes[1].

L'action en rescision était celle par laquelle on provoquait la rétractation des obligations qui, quoique valables dans la rigueur du Droit, blessaient cependant les règles de l'équité. Elle était principalement admise pour cause d'erreur, de violence, de dol, de lésion, c'est-à-dire dans des cas où, d'après les lois romaines, il y avait lieu à restitution en entier[2].

La demande en nullité se portait immédiatement devant les juges compétents pour y statuer. Mais, avant de former une demande en rescision, il fallait, en règle générale, se pourvoir de lettres de rescision, qui se délivraient, au nom du roi, par les

[7] Art. 1195, 1196, et arg. de ces articles. Pothier, n° 659. Toullier, VII, 445. Duranton, XII, 491. Favard, *Rép.*, v° Perte de la chose due, § 7 ; Zachariæ, § 331, texte et note 6.

[8] Pothier, n° 658. Toullier, VII, 443. Duranton, XII, 490. Zachariæ, § 331, texte et note 1re.

[1] Cpr. Loisel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. II, reg. 5 ; Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 480 ; Toullier, VII, 525 ; Merlin, *Rép.*, v° Rescision, n° 1 ; Duranton, XII, 519.

[2] Cpr. Argou, *op. cit.*, II, p. 480 et suiv. ; Merlin, *op. et v° citt.*, n° 2 ; Toullier, VII, 522 et 523 ; Duranton, XII, 515 et 520.

chancelleries établies près des cours souveraines[3]. Ces lettres étaient accordées sans connaissance de cause; elles laissaient aux juges royaux, auxquels elles étaient adressées, et qui devaient connaître de la demande en rescision, la faculté d'en apprécier le mérite, et de l'admettre ou de la rejeter[4].

L'action en nullité ne se prescrivait, en règle générale[5], que par trente ans; tandis que l'action en rescision était soumise à la prescription de dix ans[6].

La loi des 7-11 septembre 1790, en supprimant les chancelleries, et en ordonnant que désormais on se pourvoirait, dans les cas de rescision comme dans ceux de nullité, par demande directe devant les juges compétents, abolit toute différence entre les actions en rescision et les actions en nullité, en ce qui concerne la manière de les introduire. Et l'art. 1304 du Code Napoléon, en soumettant ces deux actions à la prescription de dix ans, abrogea la différence qui existait entre elles sous le rapport de la prescription.

On ne doit cependant pas conclure de là qu'il soit désormais inutile de distinguer les cas de nullité et ceux de rescision, puisque l'on trouve dans le Code diverses dispositions qui opposent l'action en nullité à l'action en rescision, l'acte annulable à l'acte seulement rescindable[7], et qui supposent ainsi qu'il existe encore aujourd'hui quelque différence entre la nullité et la rescision. Il importe donc de rechercher quels sont les caractères propres.

[3] Telle est, en matière de conventions, le sens de la règle *Voies de nullité n'ont lieu*. Imbert, *Pratique civile et judiciaire*, liv. I, chap. III, n° 3 ; *Enchiridion*, v° Contrats. Loisel, *Inst. cout.*, liv. V, tit. II, rég. 5. L'usage des lettres de chancelleries fut introduit par les jurisconsultes français dans le but d'augmenter la puissance royale, en soustrayant à la juridiction des juges seigneuriaux la connaissance et le jugement des demandes en rescision. Zachariæ, § 332, note 3.

[4] Cpr. Argou, *op. cit.*, II, p. 478 et 479 ; Toullier, VII, 724 ; Duranton, XII, 515 et 516 ; Zachariæ, § 332, texte *in principio*.

[5] Par exception à cette règle, les actions en nullité fondées sur l'inobservation des formes spéciales, prescrites dans l'intérêt des mineurs, se prescrivaient, comme les actions en rescision fondées sur la lésion dont ils avaient été victimes, par dix ans à compter de leur majorité. Ordonnance de Villers-Cotterets, du mois d'août 1539, art. 134.

[6] Ordonnance de juin 1510, art. 46. Ordonnance d'octobre 1535, chap. VIII, art. 30.

[7] Cpr. notamment art. 1304 et 1311.

soit à l'action en nullité, soit à l'action en rescision, et de déterminer les conséquences pratiques qui se rattachent à cette distinction.

Or, en se reportant aux diverses dispositions légales qui se réfèrent à notre matière, il est facile de se convaincre : 1° que le Code emploie indifféremment les termes *nullité*, *rescision* ou *restitution en entier*, lorsqu'il s'agit de l'action par laquelle on demande à revenir contre un consentement entaché d'erreur, de violence, ou de dol[8], action qui, d'après l'ancien Droit, était exclusivement qualifiée d'action en rescision ou de restitution en entier; 2° que dans les cas, au contraire, où le Code s'occupe de la demande en rétractation dirigée contre une obligation entachée de lésion, il se sert uniquement des termes *rescision*, *restitution*, *restituer*, sans jamais employer le mot *nullité*[9].

On se trouve, par suite de ces observations, amené à reconnaître : 1° que, malgré le peu de précision que présente la terminologie du Code en cette matière, il n'en a pas moins entendu distinguer les actions en nullité et les actions en rescision exclusivement fondées sur la lésion[10]; 2° que la distinction établie par le Code entre l'action en nullité et l'action en rescision, n'est pas la reproduction de celle que l'ancien Droit avait consacrée.

§ 333.

Notions générales sur les actions en nullité et en rescision.

L'action en nullité est la voie juridique par laquelle on demande l'anéantissement d'une obligation qui ne réunit pas toutes les conditions requises pour sa validité, c'est-à-dire toutes les conditions exigées à peine de nullité littérale ou virtuelle[1],

[8] Ainsi, l'art. 887, al. 1, dispose d'abord que les partages peuvent être *rescindés* pour cause de violence ou de dol. Voy. aussi art. 892. Les art. 1110, 1111, 1113 et 1115 disent ensuite que l'erreur, la violence et le dol sont des causes de *nullité*. L'art. 1117 ajoute enfin que l'erreur, la violence et le dol donnent lieu à une action en *nullité* ou en *rescision*.

[9] Cpr. art. 887, al. 2, 1305, 1306, 1313, 1674 et suivants.

[10] Zachariæ, § 332, texte et note 5. Voy. sur les fausses conséquences auxquelles on arrive en confondant, ainsi que le font certains auteurs, les actions en nullité et en rescision : § 626, texte n° 1 : § 730-731, texte n° 1.

[1] Cpr. § 37.

L'action en rescision est, dans le sens propre de ce mot, la voie juridique par laquelle on demande la rétractation d'une obligation, d'ailleurs valable en elle-même, mais par suite de laquelle on a éprouvé quelque lésions.

Ces deux actions diffèrent l'une de l'autre, tant sous le rapport du fondement sur lequel elles reposent et de la preuve que doit administrer celui qui les intente, que sous le rapport de l'office du juge [2].

L'action en nullité est fondée sur ce que l'obligation attaquée ne réunit pas toutes les conditions nécessaires à sa validité. Celui qui la forme est tenu de prouver l'absence de l'une ou de l'autre de ces conditions. Cette justification une fois faite, son action doit être accueillie, quoiqu'il n'ait éprouvé aucune espèce de lésion [3].

L'action en rescision est fondée sur la lésion. La preuve à faire par celui qui intente cette action, est uniquement celle de la lésion dont il se plaint. Lorsque la loi n'a pas elle-même déterminé l'importance que doit avoir la lésion pour autoriser l'action en rescision, le juge peut rejeter cette action, si la lésion, quoique prouvée, est trop peu considérable [4].

L'action en rescision et l'action en nullité diffèrent encore en ce que la première peut, à la différence de la seconde, être arrêtée par l'offre d'une indemnité suffisante pour faire disparaître la

[2] Il en résulte qu'on ne peut, en instance d'appel, convertir une demande en nullité en une demande en rescision, ni *vice versa*. Merlin, *Rép.*, v° Nullité, § 9. Toullier, VII, 530. Zachariæ, § 333, note 2. Civ. rej., 5 novembre 1807, Sir., 8, 1, 195. Voy. en sens contraire : Troplong, *De la vente*, II, 687 et suiv. — Il en résulte encore qu'un jugement qui a rejeté une demande en nullité fondée sur l'absence de consentement valable, ne peut être invoqué comme engendrant une exception de chose jugée contre une demande en rescision pour cause de lésion. Cpr. § 769, texte n° 2, lett. *c*.

[3] Cpr. § 37, texte et note 10. Zachariæ, § 333, texte, à la note 2. Il en est ainsi, même dans le cas où la nullité de l'obligation repose sur une présomption de lésion. Les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule une obligation, n'admettent pas en effet la preuve contraire. Art. 1352. Lors donc que la nullité existe, le juge est obligé de la prononcer sans pouvoir s'y refuser, sous prétexte que celui qui demande l'annulation de l'obligation, n'a éprouvé aucune lésion. Zachariæ, § 333, texte et note 3. Civ. cass., 25 mars 1861, Sir., 61, 1, 673.

[4] Cpr. § 335, texte et note 12.

lésion[5]. La faculté de faire une pareille offre, formellement accordée au défendeur dans les cas prévus par les art. 891 et 1681, semble devoir être également admise dans celui dont s'occupe l'art. 1305[6].

§ 334.

Des cas dans lesquels une obligation peut être attaquée par voie de nullité.

Toute nullité, littérale ou virtuelle, dont une obligation est entachée, donne ouverture à une action en nullité[1].

Les dispositions légales qui déterminent les causes de nullité des obligations, et qui régissent les actions auxquelles elles donnent ouverture, peuvent être rangées en deux catégories.

Dans la première catégorie se trouvent les dispositions qui s'occupent de la nullité dont une obligation est frappée, soit à raison de l'incapacité de l'obligé, soit à raison de la violation des formes spécialement prescrites dans l'intérêt des mineurs et des interdits, soit enfin à raison des vices dont le consentement peut être infecté. Ces dispositions sont, d'après la marche tracée par le Code, dans la section VII du chap. V du titre *des obligations*[2], les seules dont il doive être actuellement question.

Dans la seconde catégorie, se placent les dispositions éparses au Code, qui déterminent et règlent les nullités résultant de

[5] Les autres différences qui, d'après Toullier (VII, 527 à 529), distingueraient encore l'action en nullité de l'action en rescision, n'existent réellement pas. Cpr. Duranton, XII, 525.

[6] Si un mineur formait une demande en rescision pour cause de lésion contre un bail par lui consenti, ou contre un traité passé avec un entrepreneur, on ne voit pas pourquoi le défendeur ne pourrait pas arrêter l'effet de la demande, en offrant une indemnité ou une bonification suffisante pour faire disparaître la lésion. Duranton, XII, 526. De Fréminville, *De la minorité*, II, 825. Zachariæ, § 336, texte et note 6. Voy. en sens contraire : Larombière, IV, art.

[1] La nullité n'existe pas de plein droit; elle doit, en règle générale, être prononcée par jugement. Cpr. § 37, texte et notes 15 à 18. Mais, lorsque l'obligation ne réunit pas les conditions nécessaires à son existence, son inefficacité est indépendante de toute déclaration judiciaire. Cpr. § 37.

[2] De tous les articles qui composent cette section, l'art. 1304 est le seul qui paraisse susceptible d'une application générale aux diverses espèces d'actions en nullité. Voy. l'explication de cet art. au § 339. Les autres ne contiennent évidemment que des dispositions spéciales aux actions en nullité dont il est fait mention dans le texte. Cpr. art. 225, 502, 503, 513, 1117, 1123, 1125.

causes autres que celles qui viennent d'être énumérées[3]. Il en est traité à l'occasion des matières auxquelles elles se rapportent[4].

1° Celui qui ne jouit pas de l'exercice plein et entier des droits civils, ne peut, en règle générale[5], s'obliger valablement. Art. 1124.

Il résulte de ce principe qu'on doit considérer comme frappées de nullité :

a. Les obligations consenties par une personne judiciairement[6] interdite[7].

b. Les obligations qu'une femme mariée a contractées sans autorisation de son mari ou de justice[8].

c. Les obligations qu'une personne pourvue d'un conseil judiciaire[9] a consenties sans l'assistance de son conseil, dans les cas où la loi la requiert[10].

Dans toutes ces hypothèses, la nullité n'est que relative; et elle ne peut être proposée par les personnes avec lesquelles l'incapable a contracté. Art. 225, 1125, al. 2, et arg. de ces art.

Du reste, il est à remarquer que l'action en nullité n'est point admise contre les obligations qui se forment indépendamment de la capacité de l'obligé[11].

2° Les obligations résultant d'actes juridiques que la loi a soumis, dans l'intérêt des mineurs et des interdits, à certaines for-

[3] Cpr. art. 472, 931, 1554 et suiv., 1596, 1597 et 1599.

[4] Il est également bien entendu que nous ne nous occupons point en ce moment des actions en nullité de mariage, qui sont régies par des dispositions toutes spéciales. Cpr. art. 180 et suiv.

[5] Cette règle est sujette à modification en ce qui concerne le mineur, ainsi que nous l'établirons au paragraphe suivant.

[6] Cpr. sur le sort des obligations consenties par des personnes légalement interdites, Code pénal, art. 29 à 31 : et § 85. Voy. aussi sur le sort des engagements pris par des contumaces : § 84.

[7] Cpr. art. 502 à 504 ; § 127. Voy. sur le sort des actes passés par des individus non interdits, placés dans un établissement d'aliénés : § 127 *bis*, texte n° 2.

[8] Cpr. art. 215 et suiv. ; § 472.

[9] Cpr. sur le sort des obligations consenties par la femme pourvue d'un conseil de tutelle : art. 391; § 99 *bis*, texte n° 2.

[10] Cpr. art. 499, 502 et 513 ; § 140.

[11] Par exemple, contre les obligations résultant d'un délit ou d'un quasi-delit. Arg. art. 1310. Cpr. § 335, texte *ex fine*, et notes 21 à 23 ; § 441, texte n° 2; § 472, texte n° 3.

malités spéciales, sont, en cas d'inobservation de ces formalités, et à raison même de cette inobservation, frappées de nullité[12], soit que ces actes aient été passés par un tuteur au nom de son pupille, soit qu'ils l'aient été par un mineur non émancipé avec ou sans l'autorisation de son tuteur, ou par un mineur émancipé assisté ou non de son curateur[13]. Arg. art. 1314 cbn. 1311.

La nullité n'est cependant que relative[14], en ce sens qu'elle ne

[12] Civ. cass., 26 août 1807, Sir., 7, 1, 437. Civ. cass., 25 mars 1861, Sir., 61, 1, 673. Cpr. art. 457 à 467, 483 et 484, 511, 2045 et 2126; §§ 113, 126 et 134.

[13] On convient généralement que les actes dont il s'agit sont frappés de nullité, et ne sont pas seulement sujets à rescision, lorsqu'ils ont été passés par un tuteur au nom de son pupille. Zachariæ (§ 335, *b*, texte et note 3) est, à notre connaissance, le seul auteur qui se soit prononcé en sens contraire. Mais certains interprètes prétendent que ces actes ne sont que sujets à rescision, lorsqu'ils ont été passés, soit par le pupille lui-même avec ou sans autorisation de son tuteur, soit par le mineur émancipé assisté ou non de son curateur. Tel est l'avis de M. Marbeau (*Traité des transactions*, n° 42). Tel paraît aussi être celui de Merlin (*Quest.*, v° Hypothèques, § 4, n° 3), qui se fonde, pour le défendre, sur une fausse interprétation de l'art. 1305. Cet article ne s'occupe, en effet, que des conventions dont la validité n'a point été soumise à l'observation de certaines formes spéciales. C'est ce qui résulte évidemment de sa combinaison avec les art. 1311 et 1314. L'opinion émise au texte est adoptée par M. Duranton, qui a rétracté, dans son *Cours de Droit civil* (X, 286 et 287), l'opinion contraire, qu'il avait émise dans son *Traité des contrats*. Voy. encore dans ce sens : Proudhon et Valette, II, p. 489 ; Taulier, IV, p. 444 à 452 ; De Fréminville, *De la minorité*, II, 827 ; Frédéric Duranton, *Revue étrangère*, 1843, X, p. 689 et suiv. ; Larombière, IV, art. 1314, n° 4. Colmet de Santerre, V, 270 *bis*, IV à X. Amiens, 29 juillet 1824, Sir., 24, 2, 243 ; Rennes, 17 novembre 1836, Sir., 37, 2, 354 ; Paris, 18 mars 1839, Sir, 39, 2, 178. — MM. Toullier (VI, 106; VII, 527, 573), Demante (II, 780), Troplong (*De la vente*, I, 266, *Des hypothèques*, II, 492), et Magnin (*Des minorités*, II, 1137), vont encore plus loin ; ils regardent comme entachés de nullité, non-seulement les actes qui n'ont pas été accompagnés des formes spéciales auxquelles la loi les soumet, mais encore tous les actes passés, soit par un mineur non émancipé en l'absence de son tuteur, soit par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, dans les cas où elle est requise. Cpr. § 335, note 9.

[14] Les nullités de forme ne sont plus des nullités absolues, lorsque les formes violées n'ont pas été établies pour la régularité de l'acte juridique considéré en lui-même, mais pour garantir, d'une manière plus efficace, les intérêts de personnes incapables de s'obliger. Proudhon, II, p. 476 et 478. Troplong, *De la prescription*, II, 900 et 901. Civ. rej., 30 août 1815, Sir., 15, 1, 404. Cpr. § 37, texte et note 13.

peut être proposée, ni par l'autre partie, ni par les coobligés du mineur. Art. 1125, al. 2. Arg. art. 1208 et 2012, al. Mais rien n'empêche que le tuteur ne provoque, au nom du mineur, l'annulation des actes qu'il aurait passés lui-même sans l'observation des formalités prescrites par la loi[15].

Lors, au contraire, que les formalités prescrites, pour certains actes, dans l'intérêt des mineurs ou des interdits, ont été accomplies par le tuteur[16], ou par le mineur émancipé, les obligations résultant de ces actes sont aussi inattaquables que s'ils avaient été passés par une personne jouissant du plein exercice de ses droits civils[17]. Art. 1314, 463, et arg. de ces art.

3° Les obligations conventionnelles consenties par suite d'erreur, de violence ou de dol, sont frappées de nullité. Art. 1109 à 1117. Dans ce cas encore, la nullité n'est que relative et ne peut être proposée que par la partie dont le consentement a été donné par erreur[18], extorqué par violence, ou surpris par dol.

Du reste, l'action en nullité passe, dans les trois hypothèses ci-dessus énumérées, aux héritiers et successeurs universels de ceux au profit desquels elle est ouverte. Elle peut même être exercée par les créanciers de ces derniers, en vertu de l'art. 1166[19].

§ 335.

Des cas dans lesquels une obligation peut être attaquée par voie de rescision.

L'action en rescision pour cause de lésion est, tantôt un privilége personnel, spécialement attribué aux mineurs, contre toutes sortes de conventions, tantôt un droit indistinctement accordé

[15] Civ. rej., 21 décembre 1836, Sir., 37, 1, 114. Voy. aussi : texte *in fine*, et note 19 *infra*.

[16] Tout ce que nous disons ici du tuteur s'applique également au père qui administre, pendant le mariage, les biens de ses enfants mineurs. Cpr. art. 389, et § 123.

[17] Ainsi, d'une part, ces obligations ne peuvent être attaquées par voie de nullité. Cette proposition est incontestable, et n'a jamais été contestée. D'autre part, ces obligations ne peuvent être attaquées par voie de rescision. Voy. à cet égard § 335, texte, notes 4 et 8.

[18] Lorsque l'erreur est réciproque, l'action en nullité est ouverte au profit de l'une et de l'autre partie.

[19] Cpr. § 312, notes 17 et 18.

aux majeurs, comme aux mineurs, mais seulement contre certains actes juridiques. Art. 1118.

Les dispositions légales qui admettent l'action en rescision pour cause de lésion même en faveur des majeurs[1], ne sont susceptibles d'aucune extension. Art. 1313. Ainsi, par exemple, la lésion n'est pas, entre majeurs, une cause de rescision en matière de bail[2].

Nous n'avons à parler ici de l'action en rescision qu'en tant qu'elle constitue un privilége personnel aux mineurs. Nous traiterons de l'action en rescision envisagée comme un moyen accordé à toute personne de se faire restituer contre certains actes juridiques, en nous occupant des matières auxquelles ces actes se rapportent.

L'action en rescision pour cause de lésion, considérée comme privilége personnel, est accordée aux mineurs émancipés et aux mineurs non émancipés, sous les distinctions suivantes :

Les mineurs non émancipés ont le droit d'attaquer, au moyen de l'action en rescision, toutes les obligations qu'ils ont consenties en l'absence de leurs tuteurs. Art. 1305. Cette action ne leur est ouverte, ni contre les obligations que leurs tuteurs ont valablement consenties[3] en leur nom[4], ni contre celles qu'ils ont eux-mêmes

[1] Cpr. art. 783, 887, al. 2, 1079, 1476, 1674 et 1872.

[2] Duranton, XVII, 13. Duvergier, *Du louage*, I, 102. Troplong, *Du louage*, I, 3. Rouen, 21 mai 1844, Sir., 45, 2, 653.

[3] C'est-à-dire dans la limite de leurs attributions, et, le cas échéant, avec l'observation des formalités prescrites par la loi.

[4] *Rapport au Tribunat* par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 497, n° 66). Proudhon et Valette, II, p. 464 à 470. Duranton, X, 280 à 288. Frédéric Duranton, *op. cit.* Belost-Jolimont sur Chabot, observations sur l'art. 783. Pont, *Revue de législation*, 1844, III, p. 217 et suiv. Larombière, IV, art. 1305, n° 12. Colmet de Santerre, V, 270 *bis*, XI à XVII. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 106, VII, 527 et 573 ; Demante, II, 781 et 782 ; Troplong, *Des priviléges et des hypothèques*, II, 492 ; Zachariæ, § 335 *b*, texte et note 1re. En ouvrant au mineur non émancipé, une action en rescision pour cause de lésion, contre *toutes sortes de conventions*, l'art. 1305 suppose que la convention attaquée a été conclue, non par le tuteur, mais bien par le mineur lui-même. C'est ce qui résulte du rapprochement des deux dispositions contenues dans cet article, et de sa combinaison avec les articles suivants. Cela résulte surtout du silence que l'art. 1305 garde sur les interdits. Si le législateur avait voulu s'occuper des obligations consenties par le tuteur, il aurait dû placer l'interdit sur la même ligne que le mineur, ainsi qu'il l'a fait dans les art. 1312 et 1314 ; et l'omission que nous

valablement contractées avec l'autorisation de leurs tuteurs[5].

Les mineurs émancipés ont le droit d'attaquer, au moyen de l'action en rescision, toutes les obligations qu'ils ont consenties sans l'assistance de leurs curateurs, dans les cas où cette assistance est requise[6]. Art. 1305. Ils ne jouissent de cette action, ni contre les obligations qu'ils ont le droit de consentir seuls, et pour lesquelles l'art. 481 les place sur la même ligne que les majeurs[7],

signalons serait inexplicable. Cette omission, au contraire, se comprend fort bien, en supposant, comme nous le faisons, qu'il ne s'agit, dans l'art. 1305, que des obligations consenties par les mineurs eux-mêmes; puisque les obligations passées par les interdits, étant frappées de nullité (art. 502), il ne pouvait en être question dans un article qui se borne à ouvrir une action en rescision. D'un autre côté, il y aurait eu de la part du législateur inconséquence et imprévoyance à donner au mineur non émancipé une action en rescision contre les obligations que le tuteur a valablement consenties : inconséquence, parce que le tuteur, mandataire légal de son pupille, qu'il est chargé de représenter dans tous les actes de la vie civile, doit pouvoir l'obliger, toutes les fois qu'il ne dépasse pas les bornes de son mandat (art. 450 et 1998, al. 2) ; imprévoyance, parce que les mineurs trouveraient difficilement à contracter, ou ne pourraient le faire qu'à des conditions moins avantageuses, s'il n'était pas possible de traiter en sécurité avec leurs tuteurs. Enfin, nous ferons remarquer que les mineurs, n'étant plus restituables contre les conséquences des omissions ou négligences de leurs tuteurs (cpr. § 115, texte et note 8), il serait contraire à toute logique de leur accorder le bénéfice de la restitution contre les actes passés par ces derniers dans les limites de leurs pouvoirs. En vain, M. Demante invoque-t-il l'art. 481 du Code de procédure, qu'il présente comme l'argument le plus fort en faveur de son opinion. Il n'y a pas, en effet, d'analogie à établir, pour la solution de la question qui nous occupe, entre l'action en rescision dont il est ici question et la requête civile dont traite l'art. 481 ci-dessus cité. La preuve en est que l'État, les communes et les établissements publics jouissent de la requête civile, lorsqu'ils n'ont pas été valablement défendus; et cependant, la loi ne leur ouvre point, en général, l'action en rescision contre les actes faits par les administrateurs qui les représentent. Il est donc tout naturel qu'il en soit de même du mineur.

5 D'après le Code Napoléon, bien différent en cela du Droit romain, c'est le tuteur qui agit au nom du pupille. Art. 450. Aussi n'y est-il jamais question du pupille agissant sous l'autorité du tuteur. Mais si cela avait eu lieu, l'acte fait par le pupille sous l'autorité du tuteur devrait être considéré comme fait par le tuteur lui-même : celui-ci en a assumé la responsabilité par son autorisation. Duranton, X, 284. Req. rej., 24 avril 1861, Sir., 61, 1, 625.

6 Cpr. Art. 481, 484 ; §§ 130 et 133.

7 Ils peuvent cependant faire réduire les engagements excessifs qui seraient le résultat d'une mauvaise gestion. Cette action en réduction, que leur ouvre le

ni contre celles qui requièrent l'assistance de leurs curateurs, lorsqu'ils ne les ont contractées qu'avec cette assistance[8].

Du reste, les mineurs non émancipés et les mineurs émancipés ne peuvent attaquer que par voie de rescision, et non par voie de nullité, les obligations qu'ils ont consenties en l'absence de leurs tuteurs, ou sans l'assistance de leurs curateurs dans les cas auxquels la loi exige cette assistance[9], à moins que ces obligations ne

second alinéa de l'art. 484, ne doit pas être confondue avec l'action en rescision dont il est actuellement question. Arg. art. 481 cbn. 484, al. 2. Colmar, 31 janvier 1826, Sir., 26, 2, 212. Req. rej., 15 décembre 1832, Sir., 33, 1, 687. Cpr. § 132, texte n° 2, et notes 5 à 10.

[8] Duranton, III, 692, et X, 287. Colmet de Santerre, V, 270 *bis*, XVIII et XIX. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 335, *b*, texte et note 2 ; Demante, II, 781 et 782. A l'appui de son opinion, ce dernier auteur propose d'interpréter l'art. 1305 de la manière suivante : « La simple lésion donne lieu à la « rescision en faveur du mineur émancipé contre toutes les conventions qui « excèdent les bornes de sa capacité, telle qu'elle est réglée *par l'art.* 481, « c'est-à-dire contre les conventions pour lesquelles il n'est pas réputé majeur. » Mais les expressions finales de l'art. 1305 sont loin de restreindre la capacité du mineur émancipé dans les limites où M. Demante prétend la renfermer. Il résulte, en effet, de ces expressions, que ce n'est point d'après l'art. 481, ou tel autre article pris isolément, mais bien d'après l'ensemble des règles contenues au titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, que doit se déterminer la capacité du mineur émancipé. Or, ces règles nous enseignent que le mineur émancipé est tout aussi capable de faire, avec l'assistance de son curateur, les actes qui ne requièrent que cette assistance, qu'il est capable de passer seul les actes qui ne la requièrent pas. On ne voit donc pas pourquoi il serait plutôt admis à se faire restituer contre les premiers que contre les seconds. C'est évidemment pour proscrire toute distinction à cet égard que l'art. 1305 a été rédigé dans des termes généraux, d'après lesquels l'action en rescision n'est ouverte au mineur émancipé que lorsqu'il a excédé les bornes de sa capacité, c'est-à-dire lorsqu'il a fait seul, et sans l'assistance de son curateur, un acte qui requérait cette assistance.

[9] *Minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam læsus. Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu, et *Rapport au Tribunat* par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 391, n° 174, et p. 494, n° 61). Proudhon et Valette, II, p. 489 et suiv. Duranton, X, 280 à 288. Belost-Jolimont sur Chabot, observation 1 sur l'art. 783. Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4, n° 3. De Fréminville, *op. cit.*, II, 827. Frédéric Duranton et Pont, *opp. et locc. citt.* Larombière, IV, art. 1305, n° 11. Demolombe, VII, 417 et suiv. Villequez, *Revue historique*, 1861, VII, p. 26 à 28. Bruxelles, 20 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 256. Toulouse, 13 février 1830, Sir., 31, 2, 314. Bastia, 26 mai 1834, Sir., 35, 2, 27. Civ. rej., 18 juin 1844, Sir., 44, 1, 497. Rouen, 23 juillet 1858, Sir., 59, 2, 630.

se rattachent à des actes juridiques dont la validité dépende de l'observation de formalités spéciales qui n'auraient pas été remplies, ou qu'elles n'aient été contractées, sous forme de lettres de change, par des mineurs non négociants. Code de com., art. 114.

Les mineurs demandeurs en rescision sont, en général, obligés de prouver la lésion sur laquelle leur action repose[10], et de justifier que cette lésion résulte de l'acte même contre lequel l'action est dirigée, ou que, du moins, elle se rattache à cet acte comme une

Req. rej., 24 avril 1861, Sir., 61, 1, 625. Paris, 18 juillet 1864, Sir., 64, 2, 290. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 106, VII, 527 et 573. Troplong, *De la vente*, I, 166, et *Des hypothèques*, II, 488 et suiv. ; Magnin, *Des minorités*, II, 1137 ; Bastia, 12 juin 1855, Sir., 55, 2, 670. Dans cette dernière opinion, on regarde comme nuls en la forme les actes passés par le mineur en l'absence de son tuteur, ou sans l'assistance de son curateur dans les cas où la loi requiert cette assistance. Mais, d'une part, il n'existe aucun texte de loi qui prononce la nullité de ces actes : et, d'autre part, l'art. 1125 combiné avec les art. 225, 502 et 1305, démontre clairement que si les actes passés, soit par une femme mariée non autorisée, soit par un interdit, sont frappés de nullité, les actes faits par le mineur sont seulement sujets à rescision pour cause de lésion. En vain, voudrait-on se soustraire à la conséquence qui résulte du rapprochement de ces divers articles, en supposant que l'art. 1305 ne s'applique pas aux obligations dont il est question dans le texte, mais aux obligations contractées, soit par le tuteur ou par le mineur non émancipé sous l'autorisation de ce dernier, soit par le mineur émancipé assisté de son curateur. Cette supposition est, en effet, inadmissible, ainsi que nous l'avons démontré aux notes 4 et 8 *supra*. Il est également impossible d'admettre, avec les auteurs dont nous combattons l'opinion, que l'autorisation du tuteur ou l'assistance du curateur soit une condition de forme nécessaire à la validité des actes faits par le mineur. Et cela, par deux raisons : la première, spécialement applicable au mineur non émancipé, se déduit de ce qu'il n'est pas une seule fois question dans le Code de l'autorisation tutélaire, complétement inutile sous l'empire d'une législation qui donne au mineur non émancipé un mandataire chargé de le représenter dans tous les actes de la vie civile ; la seconde ressort de la différence essentielle qui existe entre la forme des actes et la capacité des parties contractantes : un acte passé par un mineur ne peut être considéré comme nul en la forme, à raison de l'incapacité seule de ce dernier. En vain, également, se prévaut-on de l'art. 1311 et de la distinction qu'il fait entre les actes sujets à rescision, et ceux qui sont nuls en la forme : les actes nuls en la forme dont parle cet article sont ceux qui se trouvent frappés de nullité à raison de l'inobservation des formes spéciales auxquelles ils ont été soumis dans l'intérêt des mineurs.

[10] *Non obstant*, art. 1241 et 1312. Ces articles sont étrangers à l'hypothèse dont il est ici question. Cpr. § 336, texte et note 5. Delvincourt, II, p. 591 et 592. Villequez, *Revue historique*, 1861, VII, p. 36 à 38.

conséquence qui pouvait être prévue d'après le cours ordinaire des choses[11]. Ils ne seraient pas fondés à se plaindre de la lésion qui n'aurait été produite que par un événement casuel ou imprévu. Art. 1306.

L'importance plus ou moins grande de la lésion est, en général, sans influence sur le sort de l'action en rescision dont il est actuellement question : une simple lésion suffit[12]. Du reste, la question de savoir si le mineur a été ou non lésé, est une question de fait, soumise à l'appréciation souveraine des tribunaux, dont la décision sur ce point échappe à la censure de la cour de cassation[13].

L'action en rescision n'est accordée qu'aux mineurs lésés, en ce sens qu'elle n'appartient ni aux personnes qui ont traité avec eux[14], ni à leurs coobligés[15].

[11] Tel est, par exemple, le cas où le mineur a dissipé le prix d'un objet mobilier, qu'il avait vendu à sa juste valeur. Quoique la lésion ne résulte pas, en pareil cas, du contrat de vente, mais de la dissipation du prix que le mineur a touché, elle se rattache cependant à ce contrat comme une suite à laquelle l'acquéreur pouvait et devait s'attendre, et qui ne présente pas les caractères d'un événement imprévu dans le sens de l'art. 1306. L. 27, § 1, D. *de minor.* (4, 4). Villequez, *op. cit.*, p. 27. Colmet de Santerre, V, 271 *bis*, II.

[12] Art. 1305, et arg. de cet art. cbn. 887 et 1674. Proudhon, II, p. 486. Zachariæ, § 335 *b*, texte et note 9. — Le juge pourrait cependant écarter l'action en rescision qui ne serait fondée que sur une lésion de trop mince importance : *De minimis non curat prætor*, L. 4, D. *de in integ. restit.* (4, 1). *Rapport au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.* XII, p. 494, n° 61). Toullier, VII, 575. Duranton, X, 288. Zachariæ, *loc. cit.*

[13] Req. rej., 8 août 1859, Sir., 60, 1, 460. Req. rej., 24 avril 1861, Sir., 61, 1, 625.

[14] Art. 1125, al. 2, 1305 et 1313.

[15] Art. 1208, 2012, al. 2. Proudhon, II, p. 489.—Suivant Proudhon (*loc. cit.*), Duranton (XII, 546), et Zachariæ (§ 335 *b*, texte et note 6), la proposition relative aux coobligés recevrait exception en matière indivisible, et notamment au cas où le mineur, copropriétaire d'un immeuble, aurait, de concert avec ses consorts majeurs, constitué une servitude sur cet immeuble ; mais c'est là, à notre avis, faire une fausse application de la règle *In individuis, minor majorem relevat*, qui, d'après son énoncé même, ne devient applicable que lorsqu'il s'agit de prescriptions ou de déchéances relatives à des droits indivis entre mineurs et majeurs. En vain, dit-on que la servitude ne pouvant être constituée pour partie, la rescision ou plutôt l'annulation de l'engagement du mineur, doit nécessairement profiter aux majeurs. Cette conséquence ne découle en aucune façon du principe de l'indivisibilité des servitudes. Il en résulte bien que, si l'immeuble sur lequel la servitude a été constituée tombe au lot du mineur,

Mais elle n'est pas exclusivement attachée à la personne des mineurs ; elle passe à leurs héritiers, et peut être exercée, en leur nom, par leurs créanciers [16].

Les mineurs jouissent de l'action en rescision contre toute personne envers laquelle ils se sont obligés, et notamment contre un autre mineur [17].

Il est des cas exceptionnels dans lesquels la loi refuse aux mineurs l'action en rescision pour cause de lésion. Ainsi :

1° Le mineur qui emploie des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité, n'est pas restituable contre les obligations qu'il contracte en pareille circonstance [18]. Toutefois, une simple déclaration de majorité ne peut être considérée comme constituant une manœuvre suffisante pour priver le mineur du bénéfice de la restitution. Art. 1307.

2° Le mineur commerçant [19], ou artisan, n'est pas restituable contre les obligations qu'il a contractées à raison de son commerce ou de sa profession. Art. 1308.

3° Le mineur ne peut attaquer, même par voie de rescision, les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec l'assistance de ceux dont le consentement était requis pour la validité de son mariage. Art. 1309 [20].

elle s'évanouira pour le tout. Mais s'il échoit à l'un des copropriétaires majeurs, on ne voit pas à quel titre celui-ci se prévaudrait de la cause de nullité personnelle au mineur, dont l'action pourrait même être déclarée prématurée, tant que l'immeuble grevé de la servitude ne serait pas devenu, par l'effet du partage, sa propriété exclusive. Cpr. § 221, texte n° 2, et note 11.

[16] Art. 1166. Cpr. § 312, notes 47 et 48.

[17] *Et minor contra minorem restituendus est.* Les dispositions de la loi étant générales, il n'y a pas lieu de distinguer. Cpr. L. 11, § 6, L. 34, D. *de minor.* (4, 4). Merlin, *Rép.*, v° Mineur, § 9, n° 3. Toullier, VII, 591. De Fréminville, *De la minorité*, II, 856. Zachariæ, § 335 *b*, texte et note 8. Voy. cep. Colmet de Santerre, V, 270 *bis*, XXIII.

[18] Arg. *a contrario*, art. 1307, et arg. art. 1310. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, et *Rapport au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 391, n° 177, et p. 495, n° 63). Proudhon, II, p. 488. Toullier, VII, 589 et 590. Duranton, XII, 289. Colmet de Santerre, V, 272 *bis*. Zachariæ, § 335 *b*, texte et note 11.

[19] Cpr. art. 487; et Code de commerce, art. 2 à 6. Le mineur commerçant dont il est ici question n'est pas celui qui, de fait, exerce le commerce, mais celui qui a été autorisé à l'exercer, et qui a rempli les conditions exigées par l'art. 2 du Code de commerce. Merlin, *Rép.*, v° Mineur, § 9, n° 7.

[20] Cpr. art. 1095 et 1398; § 502. Voy. cep. art. 2140, et § 264 *ter*, texte n° 4.

4° Le mineur n'est pas restituable contre les obligations qui se forment malgré l'incapacité personnelle de l'obligé. Telles sont toutes les obligations légales. Cpr. art. 1370. Telles sont aussi les obligations qui procèdent du fait d'autrui (cpr. art. 1375), et celles qui résultent des avantages que le mineur a retirés de l'affaire à l'occasion de laquelle il s'est obligé [21]. Telles sont enfin les obligations qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit [22]. Art. 1310. Cependant, le mineur peut être restitué contre la reconnaissance qu'il aurait faite d'un délit ou d'un quasi-délit, et contre la transaction qu'il aurait consentie à ce sujet [23].

§ 336

Des suites juridiques des actions en nullité ou en rescision.

La nullité ou la rescision, prononcée en justice, a pour effet de remettre les choses au même et semblable état où elles étaient avant la formation de l'obligation annulée ou rescindée [1].

Il résulte de ce principe :

1° Que tous les droits réels, et même les droits personnels de jouissance, concédés sur un immeuble, par une personne qui n'en était devenue propriétaire que par suite d'un contrat dont l'annulation ou la rescision a depuis été prononcée contre elle, s'évanouissent et que les conséquences de l'action en nullité ou en rescision réfléchissent contre les tiers auxquels ces droits ont été transmis [2], sauf, toutefois, l'effet de la prescription acquisitive

[21] *Ex versione in rem.* Art. 1241, 1312, et arg. de ces articles. Proudhon, II, p. 487. Zachariæ, § 335 *b*, texte et note 14.

[22] L'indication d'une fausse cause, dans un billet à ordre souscrit par un mineur, ne saurait être considérée comme un quasi-délit imputable à ce dernier, et ne l'empêcherait pas de demander, même contre un tiers-porteur de bonne foi, la rescision de son engagement. Civ. cass., 19 février 1856, Sir., 56, 1, 301.

[23] Toullier, VII, 587 et 588. Delvincourt, II, p. 594. De Fréminville, *De la minorité*, II, 872. Zachariæ, § 335 *b*, note 13. — Cpr. sur le cas où un mineur aurait reconnu un enfant naturel : § 568, texte n° 2.

[1] Le Code ne contenant pas de théorie générale sur les effets des actions en nullité et en rescision, on doit les déterminer d'après la règle *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Merlin, *Rép.*, v° Rescision, n° 4. Toullier, VII, 543. Duranton, XII, 561. Larombière, IV, art. 1312, n° 1. Zachariæ, § 336, texte et note 2.

[2] Toullier, VII, 549 et 550. Duranton, XII, 564 à 567. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 887, n° 5. De Fréminville, *De la minorité*, II, 722. Cpr. § 369

qui se serait accomplie à leur profit[3]. Art. 2125, et arg. art. 1681, al. 2.

2° Que l'annulation ou la rescision d'un engagement contractuel, oblige les parties à se restituer respectivement ce qu'elles ont reçu ou perçu par suite ou en vertu du contrat d'où procédait cet engagement.

Cette seconde conséquence est cependant soumise aux modifications suivantes :

a. Lorsque la nullité d'une obligation résulte, soit de l'incapacité de l'obligé, soit de l'inobservation des formes spéciales, prescrites dans l'intérêt des mineurs et des interdits[4], les incapables, les mineurs, ou les interdits, au profit desquels la nullité a été prononcée, ne sont obligés de restituer ce qui leur a été payé en temps d'incapacité, de minorité, ou d'interdiction, que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvaient enrichis[5], au moment où ils ont intenté leur action[6], sans cependant qu'on puisse laisser à la charge de l'autre partie les pertes résultant d'événements casuels et imprévus[7]. Art. 1312 et arg. de cet article[8]. Il en est de même, lorsque la rescision est prononcée en vertu du privilége accordé aux mineurs. Art. 1312.

3 Voy. § 218, texte, lettre B, et note 41.

4 Cpr. à cet égard : § 334, n°s 1 et 2.

5 Cpr. Req. rej., 24 janvier 1855, Sir., 56, 1, 56. — C'est en pareil cas à la partie adverse à prouver, d'après la maxime *Reus excipiendo fit actor*, que l'incapable, le mineur, ou l'interdit, s'est enrichi par le paiement qui lui a été fait. Art. 1241, L. 16, C. *de præd. et al. reb. min.* (5, 71). De Fréminville, *op. cit.*, II, 720.

6 L. 34, *præ.*, D. *de min.* (4, 4). L. 4, D. *de excep. et præsc.* (44, 1). L. 47, *præ.*, D. *de solut.* (46, 3). De Fréminville, *op. cit.*, II, 725. Larombière, IV, art. 1312, n° 8. Zachariæ, § 336, note 5. — Il est bien entendu que, si l'action en nullité ou en rescision n'était formée qu'après la cessation de l'incapacité, ce serait au moment où elle a cessé qu'il faudrait se reporter pour savoir si et de combien l'incapable s'est trouvé enrichi.

7 Art. 1307. Pothier, n° 504. De Fréminville, *op. cit.*, II, 726 et 728. Duranton, XII, 45. Larombière, IV, art. 1312, n° 8.

8 Le mot *restituer*, employé dans l'art. 1312, s'applique aussi bien à l'action en nullité qu'à l'action en rescision. Arg. art. 225 cbn. 1125. D'un autre côté, il est évident que, quoique les termes de l'art. 1312 ne comprennent pas toutes les hypothèses rappelées au paragraphe actuel et indiquées aux n°s 1 et 2 du § 334, cet article n'en doit pas moins, à raison de la généralité du principe qui lui sert de base, être appliqué à toutes ces hypothèses.

b. En cas d'annulation d'un contrat translatif de propriété, le défendeur n'est tenu à la restitution des fruits qu'à partir de la demande, à moins qu'il ne les ait perçus de mauvaise foi[9]. Que si, à raison de sa mauvaise foi constatée, il était condamné à la restitution de tout ou partie des fruits perçus antérieurement à la demande, il serait aussi en droit de réclamer, dans la même proportion, les intérêts du prix par lui payé ou les fruits recueillis par l'autre partie.

§ 337.

Des exceptions ou fins de non-recevoir qui peuvent être opposées aux actions en nullité ou en rescision. — De la confirmation des obligations.

La confirmation est l'acte juridique par lequel une personne fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation, contre laquelle elle eût pu se pourvoir par voie de nullité ou de rescision.

La confirmation diffère donc, tout à la fois, de la simple renonciation à un droit[1], de la reconnaissance d'une obligation[2], de la novation[3], et de la ratification d'un engagement qu'une personne a pris au nom d'autrui, sans en avoir reçu le mandat[4].

[9] Art. 549 et 550. Cpr. § 206, texte et note 2. Voy. en ce qui concerne la restitution des fruits au cas de rescision pour cause de lésion d'une vente d'immeubles ou d'un partage : § 358 ; § 626, texte n° 2.

[1] Toute confirmation contient virtuellement une renonciation ; mais toute renonciation ne constitue pas une confirmation. Zachariæ, § 339, texte et note 2.

[2] A la différence de la confirmation, la reconnaissance d'une obligation n'emporte pas intention de réparer les vices dont elle peut être entachée. Larombière, IV, art. 1338, n° 2. Riom, 10 janvier 1857, Sir., 57, 2, 494.

[3] L'effet de la novation est de créer une obligation nouvelle en remplacement de l'ancienne ; la confirmation, au contraire, a seulement pour objet de réparer les vices de l'obligation à laquelle elle se rapporte : *Confirmatio nil dat novi.* Duranton, X, 345, XII, 294, XIII, 269. Zachariæ, § 339, texte et notes 3 et 28.

[4] L'expression *ratification* est employée, dans les art. 1338 et 1340, comme synonyme du terme *confirmation. Exposé de motifs,* par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 404, n° 205). Les dispositions de ces articles sont inapplicables à la ratification par laquelle une personne approuve les actes qu'une autre personne a passés en son nom, sans en avoir reçu le mandat. Cette espèce de ratification est régie par les dispositions de l'art. 1998. Toullier, VIII, 491 et 502. Duranton, XIII, 265. Larombière, art. 1338, n° 3. Zachariæ, § 339,

1° *Des obligations susceptibles de confirmation.*

La confirmation, dont le seul effet est d'effacer les vices à raison desquels une obligation pouvait être attaquée par voie de nullité ou de rescision, suppose que l'obligation à laquelle elle s'applique, existe d'après le Droit positif, et se trouve seulement soumise à une action en nullité ou en rescision.

On ne peut donc confirmer, ni les obligations naturelles[5], ni les obligations qui sont à considérer comme non avenues[6]. Il en est ainsi, entre autres : de toutes les obligations sans cause, sur cause fausse, ou sur cause illicite ; et, spécialement, de l'obligation de servir des intérêts usuraires, et des engagements résultant d'un traité secret en matière de cession d'office[7].

Mais rien n'empêche, en principe et d'une manière absolue, qu'on ne puisse confirmer des obligations constatées, soit par des actes notariés nuls comme tels, et, d'ailleurs, non revêtus de la signature de l'obligé, soit par des actes sous seing privé non signés par l'une des parties[8].

texte et note 4. Civ. cass., 26 décembre 1815, Sir., 16, 1, 243. Cpr. Civ. rej., 4 avril 1821, Sir., 22, 1, 33.

[5] Cpr. § 297, texte n° 3, et note 22.

[6] *Observations du Tribunat*, *Rapport fait au Tribunat*, par Jaubert, et *Discours au Corps législatif*, par Mouricault (Locré, *Lég.*, XII, p. 284, n° 73, p. 323 et 324, n° 24, et p. 385, n° 52). Merlin, *Rép.*, v° Ratification, n° 9. Duranton, XIII, 271. Colmet de Santerre, V, 309 *bis*, I. Zachariæ, § 339, texte, notes 8 et 9. Req. rej., 9 juin 1812, Sir., 12, 1, 233. Bordeaux, 24 décembre 1844, Sir., 45, 2, 357. Voy. cep. en sens contraire, quant aux obligations sans cause : Toullier, VI, 180, VIII, 518 ; Merlin, *Quest.*, v° Ratification, § 5, n° 3. Cpr. aussi : Larombière, IV, art. 1338, n°s 8 et 25.

[7] Cpr. § 396, texte n° 2 *in fine* ; § 345, texte et note 9.

[8] Une jurisprudence, à peu près constante, considère comme inexistantes, et comme n'étant, par conséquent, pas susceptibles de confirmation, les obligations dont il est question au texte. Voy. Req. rej., 27 mars 1812, Sir., 12, 1, 369; Bourges, 27 avril 1823, Sir., 24, 2, 34 ; Besançon, 13 mars 1827, Sir., 27, 2, 255; Toulouse, 18 janvier 1828, Sir., 29, 2, 133; Grenoble, 15 novembre 1834, Sir., 35, 2, 188; Civ. cass., 6 juillet 1836, Sir., 36, 1, 876. Voy. encore : Bourges, 24 février 1832, Sir., 32, 2, 539; Req. rej., 26 juillet 1832, Sir., 32, 1, 492. Cpr. cep. en sens contraire : Req. rej., 19 déc. 1820, Sir., 22, 1, 198 ; Pau, 17 décembre 1821, Sir., 22, 2, 142. Pour apprécier le mérite de cette jurisprudence, il faut, selon nous, remonter à la cause de l'absence de signature. Ainsi, lorsqu'au moment de conclure une convention, l'une ou l'autre des parties refuse de signer l'acte qui doit en constater l'existence, ce refus de

Toutes les obligations sujettes à nullité ou à rescision sont, en règle générale, susceptibles de confirmation, peu importe que la nullité à couvrir soit de fond ou de forme, relative ou absolue, d'intérêt privé ou d'ordre public[9].

Cependant, cette règle reçoit exception :

a. Dans les cas où la volonté de l'obligé est absolument impuissante à faire disparaître, à une époque quelconque, la nullité dont l'obligation se trouve entachée. C'est ce qui a lieu, lorsque cette nullité étant tout à la fois d'ordre public et perpétuelle, le vice de l'obligation se continue malgré la confirmation, et se communique

signature équivaut à un refus de contracter, et la convention doit être réputée non avenue. Au contraire, le défaut de signature provenant de ce que l'une des parties ne savait pas signer, n'empêche pas l'existence de la convention à laquelle cette partie a d'ailleurs donné son consentement. Il en résulte qu'une obligation contenue dans un acte notarié frappé de nullité, pour inobservation des formes prescrites par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, n'en est pas moins existante et valable, si d'ailleurs elle réunit toutes les conditions intrinsèques nécessaires à son existence et à sa validité. Peu importe que l'acte notarié, nul comme tel, ne soit pas même revêtu de la signature de l'obligé. La seule conséquence qu'entraînera, dans ce cas, l'absence de signature, c'est que l'acte dont s'agit ne formera pas, contre l'obligé, preuve de l'obligation. Or, c'est précisément dans une hypothèse de cette nature qu'est intervenu le premier des arrêts ci-dessus cités, rendu par la Cour de cassation, sur les conclusions conformes de Merlin. Cet arrêt a donc mal à propos refusé de reconnaître la confirmation d'une obligation qui réunissait toutes les conditions essentielles à son existence. C'est avec raison que Toullier (*loc. cit.*) en a fait la critique, et que Merlin (*Quest.* v° *et loc. citt.*) a rétracté l'opinion qu'il avait émise dans ses conclusions. Mais, quoique nous soyons au fond, et sur la question spéciale qui se trouvait soumise à la Cour de cassation, de l'avis de ces auteurs, nous ne pouvons adopter les motifs sur lesquels ils se fondent, et admettre avec eux que les obligations réellement inexistantes soient susceptibles de confirmation. Cpr. Zachariæ, § 339, note 11.

[9] Cette règle est fondée sur la généralité même des termes dont se sert l'art. 1338, et sur l'esprit dans lequel il a été conçu. *Rapport fait au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 523 et 524, n° 24). Les distinctions que certains auteurs ont cherché à établir, par rapport à la matière qui nous occupe, entre les diverses espèces de nullité, sont plus ou moins inexactes, puisque les nullités d'ordre public peuvent elles-mêmes être couvertes par confirmation, lorsque la cause qui les produisait a cessé. C'est ainsi qu'une cession entachée de nullité, comme contrevenant à la prohibition établie par l'art. 1597, pourrait être confirmée après la cessation des fonctions qui formaient obstacle à la validité de la cession. Il faut donc s'en tenir à la règle posée dans le texte, sauf à y apporter les exceptions dont elle est susceptible.

à cette dernière. Ainsi, on ne peut confirmer, ni une clause de voie parée, ni une convention faite en contravention à l'art. 2088.

b Lorsqu'il s'agit de formalités établies dans l'intérêt des tiers. La nullité qui résulte de leur inobservation, ne peut être couverte, à leur détriment, par un acte de confirmation passé entre les parties. Cpr., art. 1250 et 2127.

c. En ce qui concerne les nullités de forme qui vicient une donation entre-vifs[10]. Le donateur ne peut couvrir ces nullités par aucun acte confirmatif, soit sous seing privé, soit authentique. Il ne le peut pas davantage en exécutant volontairement la donation[11], qui ne devient valable que lorsqu'elle a été refaite en la forme légale, c'est-à-dire lorsqu'elle a été passée par-devant notaires, et acceptée, d'une manière expresse, par le donataire[12]. Art. 1339[13].

[10] Il importe peu, du reste, que la nullité résulte de l'inobservation des formes exigées par les art. 931 et suiv. du Code Napoléon, ou de la violation des formes requises par la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat : *lex non distinguit*. En jugeant le contraire, la cour de Grenoble (21 décembre 1827, Sir., 28, 2, 163) a évidemment violé l'art. 1339. Mais la disposition exceptionnelle de cet article ne peut être étendue à des nullités qui ne seraient pas des nullités de forme. Duranton, XIII, 294. Cpr. Req. rej., 21 mars 1826, Sir., 27, 1, 300.

[11] En prohibant la confirmation expresse, l'art. 1339 prohibe, à plus forte raison, la confirmation tacite : c'est ce qui résulte de la dernière disposition de cet article, et de sa combinaison avec l'article suivant. Cpr. § 658. Merlin, *Rép.*, v° Testament, sect. II, § 5. Duranton, VIII, 389 ; XIII, 292. Req. rej., 6 juin 1821, Sir., 23, 1, 41. Bourges, 30 août 1831, Sir., 32, 2, 111. Voy. en sens contraire : Toullier, VIII, 526.

[12] Cpr. art. 931 et suiv.; Toullier, *loc. cit.* Cependant, une donation nulle en la forme serait efficacement confirmée, soit par un testament qui lui attribuerait le caractère d'un legs, soit par une novation qui la transformerait en un autre contrat. Zachariæ, § 239, note 14. Req. rej., 23 mai 1822, Sir., 23, 1, 255. — Du reste, il est bien entendu que l'art. 1339 est inapplicable aux cas où, par exception, la validité de la donation serait indépendante de l'observation des formes prescrites par les art. 931 et suiv. Delvincourt, II, p. 255. Duranton, VIII, 390 et suiv.; XIII, 293. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. § 659.

[13] La disposition de cet article est toute spéciale, et n'est pas susceptible d'être étendue par voie d'analogie. En règle générale, les nullités de forme peuvent se couvrir par la confirmation, comme toute autre espèce de nullité. Arg. art. 1311. *Rapport au Tribunat*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 525). Duranton, XIII, 272, n° 24. Cette proposition doit cependant être combinée avec l'exception indiquée au texte, n° 1, lett. *b*, *supra*, et avec ce qui sera dit, texte n° 3, et note 24 *infra*, sur la forme des actes confirmatifs. Voy. cep. Zachariæ, § 339, texte et note 11.

Cette exception ne s'applique qu'au donateur lui-même, et non à ses héritiers, qui peuvent, après son décès[14], confirmer, soit expressément, soit tacitement, la donation nulle en la forme faite par leur auteur. Art. 1340.

2° De l'époque à laquelle la confirmation devient possible.

La confirmation d'une obligation annulable ou rescindable peut, en général, avoir lieu immédiatement après sa formation.

Toutefois, lorsque le vice dont se trouve entachée une obligation tient à un empêchement de nature à se perpétuer pendant un temps plus ou moins long, la confirmation de cette obligation ne peut avoir lieu avec efficacité qu'après la cessation de la cause qui en opérait la nullité; autrement, la confirmation se trouverait infectée du même vice que l'obligation elle-même[15].

Ainsi, la nullité de la contre-lettre par laquelle des époux modifieraient, après le mariage, leurs conventions matrimoniales, ne peut être couverte, tant que dure le mariage, par aucun acte confirmatif; mais elle est susceptible de l'être après sa dissolution[16].

Ainsi encore, la convention intervenue entre le tuteur et son ci-devant pupille, contrairement aux dispositions de l'art. 472, ne peut être confirmée qu'après l'accomplissement des conditions exigées par cet article[17].

Enfin, il découle du même principe que les nullités résultant de la violence, de l'erreur, ou du dol, dont se trouve infecté le consentement de l'obligé, ne peuvent être effacées qu'après la cessation de la violence, et la découverte de l'erreur ou du dol[18]; que

[14] Mais non durant sa vie : une pareille confirmation constituerait un pacte sur succession future. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 405, n° 207). Delvincourt, II, p. 255. Duranton, XIII, 291. Zachariæ, § 239, texte et note 13. Bastia, 10 avril 1854, Sir., 54, 2, 236.

[15] Merlin, *Rép.*, v° Conventions matrimoniales, § 2, Toullier, VIII, 515 et 516. Colmet de Santerre, V, 309 *bis*, II.

[16] Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.* Metz, 26 novembre 1823, Sir., 26, 2, 27. Cpr. aussi : Req. rej., 31 janvier 1833, Sir., 33, 1, 471 ; Toulouse, 19 janvier 1853 et Montpellier, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 33; Riom, 23 juin 1853, Sir., 54, 2, 37 ; Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

[17] Cpr. § 121, texte et note 34.

[18] Art. 1115 et arg. de cet article. Arg. art. 1338, al. 2, cbn. 1304, al. 2. Cpr. art. 892. Toullier, VIII, 505. Duranton, XIII, 277.

les obligations sujettes à annulation ou à rescision à raison de l'incapacité de l'obligé, ne peuvent être confirmées par ce dernier, que lorsqu'il se trouve en état de capacité, à moins qu'on n'observe les formalités destinées à suppléer à son incapacité[19].

Du reste, la confirmation, emportant renonciation à l'action en nullité, ne peut avoir lieu qu'après l'ouverture de cette action[20].

3° *Des conditions intrinsèques et de forme requises en matière de confirmation.*

La confirmation, dont le but est de faire disparaître le vice inhérent à l'obligation, exige, à raison même de sa nature, dans la personne de celui dont elle émane, la double condition de la connaissance de ce vice et de l'intention de le réparer. Il en est ainsi de la confirmation tacite, aussi bien que de la confirmation expresse[21].

[19] Art. 1311 et arg. de cet article. Arg. art. 1338, al. 2, cbn. 1304, al. 2 et 3. Toullier, VIII, 504 et 505. Duranton, *loc. cit.* Req. rej., 6 juin 1860, Sir., 60, 1, 593.

[20] *Quod quis, si velit habere non potest, repudiare non potest.* Caen, 15 juin 1835, Sir., 38, 2, 521.

[21] Ces conditions sont formellement exigées en matière de confirmation expresse, par le premier alinéa de l'art. 1338. Et comme elles ne constituent pas des solennités extrinsèques, particulières à cette espèce de confirmation, mais des conditions intrinsèques, nécessaires à la confirmation en elle-même, de quelque manière qu'elle soit faite, la nature même des choses conduit à reconnaître que ces conditions s'appliquent également à la confirmation tacite résultant de l'exécution volontaire. Le second alinéa de l'art. 1338 le donne clairement à entendre, lorsqu'il statue « qu'à défaut d'acte de confirmation, il suffit que l'obligation soit vo-« lontairement exécutée *après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être vala-« blement confirmée.* » Ces dernières expressions indiquent, entre autres, que la confirmation tacite ne peut avoir lieu qu'après connaissance acquise du vice qu'il s'agit d'effacer. Aussi cela paraît-il généralement admis. Voy. notamment : Merlin, *Rép.*, v° Rectification, n° 9, et *Quest.*, *eod. v°*, § 5, n° 3 ; Toullier, VIII, 504; Larombière, IV, art. 1338, n° 35 ; Colmet de Santerre, V, 310 *bis ;* Zachariæ, § 339, texte et note 17 ; Req. rej., 27 mars 1812, Sir., 12, 1, 369 ; Req. rej., 5 décembre 1826, Sir., 27, 1, 70 ; Req. rej., 24 janvier 1833, Sir., 33, 1, 209; Grenoble, 8 mai 1835, Sir., 35, 2, 554 ; Req. rej., 12 juillet 1837, Sir., 37, 1, 964 ; Caen, 27 mai 1843, Sir., 43, 2, 575 ; Civ. cass., 19 décembre 1853, Sir., 54, 1, 686 ; Civ. cass., 29 juillet 1856, Sir., 57, 1, 824 ; Riom, 10 janvier 1857, Sir., 57, 2, 494 ; Lyon, 6 août 1857, Sir., 58, 2, 485 ; Civ. cass., 26 novembre 1866, Sir., 67, 1, 18.

C'est au créancier à prouver l'existence de cette double condition[22], à moins que, pour repousser la confirmation, l'obligé n'invoque une erreur de droit[23].

La confirmation peut avoir lieu expressément ou tacitement.

La confirmation expresse peut être faite par acte authentique, ou par acte sous seing privé.

Toutefois, la nullité résultant de l'inobservation de formes prescrites pour garantir la liberté et l'indépendance des parties, ne

[22] La question de savoir si c'est au créancier qui se prévaut de la confirmation, à prouver le concours des deux conditions ci-dessus indiquées, ou si c'est, au contraire, au débiteur auquel elle est opposée, à justifier de leur absence, est controversée. Merlin, qui avait d'abord admis (*Rép.*, *v° et loc. citt.*, et v° Testament, sect. II, § 5, n° 3) que c'est au créancier qui se prévaut de la confirmation, à prouver qu'elle a eu lieu en connaissance du vice dont l'obligation se trouvait entachée, s'est depuis (*Quest.*, v° Ratification, § 5, n° 5), sur les observation critiques de Toullier (VIII, 519), rangé à l'opinion contraire, que professe ce dernier auteur, par le motif que l'erreur ne se présume pas, et que c'est à celui qui l'invoque à la prouver. Ce principe est sans doute vrai, en ce sens que celui qui intente une action, ou qui invoque une exception, dont le fondement repose sur l'erreur, doit prouver cette erreur, en vertu de la règle *Onus probandi incumbit actori*. Mais telle n'est pas la position du débiteur auquel on oppose l'exécution de l'obligation contre laquelle il se pourvoit en nullité ou en rescision ; il n'a plus rien à prouver une fois qu'il a justifié sa demande. C'est au créancier qui veut tirer de l'exécution de l'obligation une fin de non-recevoir contre l'action en nullité ou en rescision, à établir, suivant la règle *Reus excipiendo fit actor*, l'existence des conditions moyennant le concours desquelles l'exécution volontaire équipolle à confirmation, et à démontrer, par conséquent, que l'exécution a eu lieu en connaissance du vice dont l'obligation est entachée et dans l'intention de l'effacer. Marcadé, sur l'art. 1338, n° 4. Larombière, IV, art. 1338, n° 37. Agen, 28 mai 1850, Sir., 51, 2, 177. Toutefois, la preuve de ces deux conditions est susceptible de se faire au moyen de simples présomptions, abandonnées à la prudence du juge. Ces présomptions peuvent résulter, en ce qui concerne la première condition, de la nature même du vice à couvrir, et, en ce qui concerne la seconde, de la nature même de l'acte d'exécution. Larombière, *loc. cit.*

[23] S'il était justifié que le débiteur connaissait en fait le vice de l'obligation qu'il a volontairement exécutée, il serait encore admis à prétendre que la confirmation n'a point eu lieu en connaissance de cause, à raison de l'ignorance où il était sur les conséquences juridiques de ce vice, et l'action en nullité à laquelle il pouvait donner lieu ; mais ce serait à lui à justifier de cette erreur de droit. parce que personne n'est censé ignorer la loi. Larombière, IV, art. 1338, n° 38. Cpr. § 664, texte, n° 8 ; Req. rej., 11 juillet 1859, Sir., 60, 1, 35.

peut se couvrir que par un acte confirmatif revêtu de ces formes[24].

Un acte, soit authentique, soit sous seing privé, ne fait à lui seul preuve complète de la confirmation[25], que lorsqu'il contient la substance de l'obligation à confirmer, la mention du vice dont elle est entachée, et la manifestation de l'intention de réparer ce vice. Art. 1338, al. 1.

La confirmation tacite est celle qui résulte de l'exécution volontaire, soit totale, soit même partielle[26], de l'obligation sujette à annulation ou à rescision[27]. Art. 1338, al. 2. A cet égard, il importe de remarquer :

a. Que l'exécution d'un acte consiste, pour l'une des parties, dans le paiement de ce qu'elle doit, et pour l'autre, dans la réception de ce qui lui est dû en vertu de cet acte, ou dans les poursuites faites pour l'obtenir[28].

b. Que les actes qui semblent seulement annoncer l'intention d'exécuter une obligation n'ont pas, sous le rapport de la confirmation, une force égale à celle des actes par lesquels cette exécution se réalise. Ainsi, la demande d'un délai pour accomplir une obligation, ou la constitution d'une hypothèque destinée à la garantir, ne forment pas une exécution de cette obligation, dans le

[24] Ainsi, par exemple, une reconnaissance d'enfant naturel, contenue dans un acte notarié, nul en la forme, ne peut être confirmée que par un acte authentique. Art. 334.

[25] Nous avons cru devoir substituer ces expressions à celles de la loi, parce que la validité de la confirmation n'est pas subordonnée aux énonciations indiquées par l'art. 1338, qui, conformément à la règle générale (cpr. § 306, note 4), ne sont exigées que comme moyen de prouver l'existence des conditions auxquelles la confirmation est attachée, et qu'ainsi le concours de ces conditions peut être établi, indépendamment de tout acte confirmatif, par les divers genres de preuve que la loi autorise. Cpr. Toullier, VIII, 499 ; Duranton, XIII, 276. Voy. aussi Poiters, 7 juillet 1825, Sir., 26, 2, 43.

[26] Merlin, *Quest.*, v° Mineur, § 3. Toullier, VIII, 508. Duranton, XIII, 230. Larombière, IV, art. 1338, n° 43. Zachariæ, § 339, texte et note 21. Civ. rej., 4 thermidor an IX, Sir., 1, 1, 473. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1338, n° 2.

[27] La distinction que l'on faisait autrefois (cpr. Merlin, *Quest.*, v° Mineur, § 3), sous le rapport de la confirmation tacite, entre l'obligation entachée de nullité et l'obligation sujette à rescision, n'est plus admissible aujourd'hui. Art. 1311 et arg. de cet article. Toullier, VIII, 510 et 511. Larombière, IV, art. 1338, n° 42.

[28] Req. rej., 27 juillet 1829, Sir., 29, 1, 370. Civ. cass., 28 juillet 1829, Sir., 29, 1, 389.

sens de l'art. 1338[29]. Il en est de même de l'offre d'accomplir une obligation, tant que cette offre n'a point été acceptée[30].

c. Que l'exécution ne peut être considérée comme volontaire, dans le sens de l'art. 1338, qu'autant qu'elle est exempte de tout vice de nature à invalider le consentement, et que, d'un autre côté, elle n'a point eu lieu pour échapper aux poursuites exercées par le créancier[31].

La confirmation, soit expresse, soit tacite, n'exige pas le concours de la partie au profit de laquelle elle est faite[32]. Ainsi, elle ne peut être révoquée sous le prétexte que celle-ci ne l'aurait point encore acceptée.

4° *Des effets de la confirmation.*

L'effet de la confirmation est d'enlever au débiteur le droit d'invoquer les moyens de nullité ou de rescision qu'il eût pu faire valoir contre son engagement, et de rendre cet engagement aussi inattaquable que si dès l'origine il n'avait été entaché d'aucun vice.

Lorsqu'un acte de confirmation ou l'exécution volontaire d'une obligation susceptible d'être annulée ou rescindée pour différentes causes, ne fait mention que de l'une de ces causes, ou n'a lieu qu'en connaissance de l'une d'elles, l'obligation reste, pour les autres, sujette à annulation ou à rescision[33].

La confirmation a, de sa nature, un effet rétroactif au jour où l'obligation a été formée[34]. Mais cet effet rétroactif ne peut jamais

[29] Larombière, IV, art. 1338, n° 45. Req. rej., 20 décembre 1832, Sir., 33, 1, 345. Rennes, 8 avril 1835, Sir., 36, 2, 73. Cpr. Civ. rej., 31 janvier 1844, Sir., 44, 1, 370.

[30] Larombière, *loc. cit.* Civ. rej., 8 avril 1835, Sir., 36, 1, 37.

[31] Toullier, VIII, 512. Larombière, IV, art. 1338, n° 44. Req. rej., 19 janvier 1830, Sir., 30, 1, 69. Req. rej., 31 mai 1848, Sir., 48, 1, 475.

[32] La raison en est que cette partie est censée avoir donné par anticipation, et dans le moment même où l'obligation a été contractée, son adhésion à la confirmation. Toullier, VIII, 509. Merlin, *Quest.*, Mineur, § 3 ; v° Testament, § 18, n° 1. Larombière, IV, art. 1338, n° 47. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 339, texte et note 18.

[33] L. 1, C. *si major factus* (5, 74). Toullier, VIII, 498. Duranton, XIII, 273. De Fréminville, *De la minorité*, II, 918. Zachariæ, § 339, texte et note 26. Civ. rej., 8 février 1841, Sir., 41, 1, 436. Limoges, 13 décembre 1847, Sir., 48, 2, 466.

[34] Toullier, VIII, 513 et 514. Duranton, XIII, 287 à 289. Larombière, IV, art. 1338, n° 49. Zachariæ, § 339, texte et note 25.

porter atteinte aux droits des tiers. Art. 1338, al. 3. Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne a confirmé en majorité une vente immobilière qu'elle a passée en minorité, cette confirmation reste sans effet à l'égard d'un second acquéreur, auquel le ci-devant mineur aurait transmis, depuis sa majorité, et avant la confirmation de la première vente, la propriété de l'immeuble qui en faisait l'objet[35].

§ 339*.

Continuation. — 2. *De la prescription des actions en nullité ou en rescision.*

Les actions en nullité ou en rescision des conventions, ou autres actes analogues de volonté, se prescrivent par dix ans, lorsqu'elles n'ont pas été soumises à une prescription de plus courte durée par quelque disposition spéciale[1]. Art. 1304, al. 1.

Le délai de dix ans, au bout duquel s'éteignent les actions en nullité et en rescision, emporte, non pas seulement une simple déchéance, mais une véritable prescription[2], admise, par exception à la règle générale posée dans l'art. 2262, sur le fondement d'une confirmation présumée[3].

[35] En revendant en majorité l'immeuble qu'il avait aliéné en minorité, le ci-devant mineur s'est virtuellement et nécessairement dépouillé, au profit du second acquéreur, de l'action en nullité qui lui compétait, et s'est ainsi enlevé le pouvoir de confirmer, au préjudice de ce dernier, la vente passée en minorité. Zachariæ, § 339, note 27 *in fine*. Civ. cass., 16 janvier 1837, Sir., 37, 1, 102. — *Quid* de la confirmation d'une hypothèque constituée en minorité ? Cpr. § 266, texte n° 1 et note 31.

* Le § 338 traitant *de la reconnaissance des obligations*, a été transporté au *Droit civil pratique*, sous le n° 760 *bis*.

[1] Voy. art. 1676. Cpr. aussi : art. 1854.

[2] Voy. pour la justification de cette proposition, la note 9 du § 214. Colmet de Santerre, V, 265 *bis*, III à V.

[3] Arg. art. 1115. Voy. également art. 183. Il serait difficile d'assigner à la disposition exceptionnelle de l'art. 1304, d'autre raison d'être qu'une présomption de renonciation ou de confirmation. Aussi la proposition énoncée au texte est-elle généralement admise. Voy. Toullier, VII, 661 ; Duranton, XII, 538 ; Marcadé, sur l'art. 1304, n° 4; Vazeille, *Des prescriptions*, II, 546; Larombière, IV, art. 1304, n° 25; Colmet de Santerre, V, 265 *bis*, I. Et c'est à tort qu'elle est rejetée par Zachariæ (§ 339, note 15).

1° *Des actions soumises à la prescription établie par l'art.* 1304.

Pour la saine application de cet article, il faut, avant tout, distinguer les actes simplement sujets à annulation ou à rescision, de ceux qui sont à considérer comme non avenus. La prescription de dix ans ne s'applique qu'aux actes de la première espèce; elle est complétement étrangère à ceux de la seconde, dont l'inefficacité absolue peut être proposée, en tout temps, par ceux auxquels on les oppose. C'est ainsi que l'héritier contre lequel on se prévaudrait d'un traité fait avant l'ouverture de la succession, pour repousser l'action en pétition d'hérédité ou en partage par lui introduite, est encore admis à faire déclarer ce traité non avenu, bien qu'il se soit écoulé plus de dix ans depuis le décès de la personne dont la succession forme l'objet de son action[4].

[4] Les traités sur succession future, ayant pour objet une chose que la loi déclare ne pouvoir former la matière d'une convention, doivent par cela même être considérés comme non avenus. Art. 791, 1130 et 1600. Ce point une fois admis, on se trouve nécessairement amené à reconnaître que la prescription de dix ans n'est point applicable à des conventions de cette nature. En vain objecterait-on qu'un traité sur succession future devient susceptible de confirmation après l'ouverture de la succession, et qu'ainsi, à partir de cette époque, rien ne s'oppose plus à l'application de la prescription établie par l'art. 1304. En effet, la première de ces propositions est inexacte, puisqu'il ne saurait être question de la confirmation d'un acte qui n'a aucun principe d'existence ni d'efficacité. Il peut sans doute arriver qu'un traité sur succession future soit, après la mort de l'auteur commun, explicitement ou implicitement adopté par les héritiers, comme un des éléments constitutifs du partage de la succession, et qu'à ce titre il reçoive son exécution. Si, dans ce cas, les arrangements intervenus entre les parties doivent être maintenus, c'est plutôt par l'effet d'une convention nouvelle qu'en vertu d'une simple confirmation. D'un autre côté, dût-on admettre la possibilité de la confirmation, après l'ouverture de la succession, d'un traité fait antérieurement, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que la prescription de dix ans devienne applicable à partir de cette époque. De ce que cette prescription est inadmissible, toutes les fois qu'il s'agit d'un acte non susceptible de confirmation, il serait inexact de prétendre, à l'inverse, qu'elle devient applicable, du moment où la confirmation est elle-même possible. En effet, la confirmation, par acte nouveau ou par exécution volontaire, peut et doit, à certains égards, avoir plus d'efficacité que la simple inaction. C'est ainsi que, quoique les héritiers du testateur puissent, après sa mort, confirmer un testament nul en la forme, ils n'en jouissent pas moins d'un délai de trente années à partir de son décès, pour intenter l'action en nullité qui leur compète. Cpr. texte n° 2, et note 18, *infra*. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 547. Troplong, *De la vente*, I, 246. Marcadé, sur

Le caractère de la nullité sur laquelle l'action est fondée est, en général, sans influence sur l'application de l'art. 1304[5]. Il importe peu que la nullité soit virtuelle ou textuelle, relative ou absolue, de fond ou de forme[6], d'intérêt privé ou d'ordre public[7], pourvu que, d'ailleurs, elle soit susceptible d'être couverte par confirmation.

Il en résulte que l'action en nullité de l'aliénation du fonds do-

l'art. 1304, n° 4. Larombière, IV, art. 1304, n° 56. Zachariæ, § 337, note 6. Civ. cass., 2 juillet 1828, Sir., 28, 1, 286. Riom, 8 novembre 1828, Sir., 29, 2, 122. Toulouse, 25 mai 1829, Sir., 31, 2, 330. Montpellier, 3 juin 1830, Sir., 31, 2, 151. Toulouse, 27 août 1833, Sir., 34, 2, 97. Bastia, 14 avril 1834, Sir., 34, 2, 594. Limoges, 6 avril 1838, Sir., 38, 2, 501. Aix, 2 février 1840, Sir., 40, 2, 359. Civ. rej., 8 novembre 1842, Sir., 43, 1, 33. Req. rej. 14 novembre 1843, Sir., 44, 1, 229. Civ. rej., 11 novembre 1845, Sir., 45, 1, 785. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 599 ; Duvergier, *De la vente*, I, 230; Rouen, 30 décembre 1823, Sir., 25, 2, 25; Req. rej., 3 août 1829, Sir., 29, 1, 339; Pau, 4 février 1830, Sir., 30, 2, 202; Toulouse, 13 avril 1831, Sir., 31, 2, 330; Toulouse, 11 juillet 1834, Sir., 35, 2, 39.

[5] Les expressions *dans tous les cas*, qui se trouvent au commencement de l'art. 1304, indiquent la généralité de sa disposition. Toullier, VII, 599. Cpr. Marbeau, *Des transactions*, n° 315. Voy. les deux notes suivantes.

[6] Cpr. cependant Larombière, IV, art. 1304, n° 62. D'après cet auteur, les nullités de forme ne se couvriraient pas par la prescription de dix ans. Il est vrai que, quand il s'agit de la nullité d'un acte instrumentaire, simplement destiné à fournir la preuve d'une convention, l'espace de temps le plus long ne peut donner à cet acte la force probante qui lui manque, faute d'avoir été rédigé conformément à la loi. Cpr. Zachariæ, § 337, texte et note 3. Mais, lorsqu'il est question d'une convention dont la validité est subordonnée à sa constatation dans un acte revêtu de certaines formes, l'inobservation de ces formes entraîne la nullité de la convention, et il n'y a aucune raison pour ne pas soumettre à la prescription de 10 ans l'action en nullité ouverte en pareil cas. Voy. cep. en ce qui concerne l'action en nullité dirigée pour vice de forme contre une donation entre-vifs, et contre une institution contractuelle : texte et note 9, *infra* ; texte n° 2, et note 19 *infra*; § 739, texte n° 2 *in fine*.

[7] Voy. en sens contraire : Larombière, IV, art. 1304, n° 55 ; Zachariæ, § 337. texte et note 6. Suivant ces auteurs, la prescription de 10 ans cesserait d'être applicable, lorsque la nullité repose sur un motif d'ordre public, et ils citent pour exemple la nullité prononcée par l'art. 1597. Mais, ainsi que nous l'avons déjà fait observer à la note 9 du § 337, la cause de la prohibition qu'établit cet article, et de la nullité qui en forme la sanction, consistant uniquement dans les fonctions dont le cessionnaire est revêtu, elle disparaît avec la cessation des fonctions qui s'opposaient à la validité de la cession ; et, dès ce moment, tout obstacle à la confirmation et au cours de la prescription de 10 ans, se trouve par cela même levé.

tal est, après la dissolution du mariage, sujette à la prescription établie par l'art. 1304[8].

Il en résulte, en sens inverse, que cette prescription ne peut être opposée au donateur, qui demande la nullité d'une donation entachée d'un vice de forme[9], et qu'elle n'est pas non plus opposable à l'action en nullité dirigée contre la clause par laquelle il a été stipulé, dans un contrat d'antichrèse, que le créancier deviendrait propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu[10].

Il est également indifférent, pour l'application de l'art. 1304, que la nullité invoquée soit fondée sur les dispositions du Code Napoléon, ou qu'elle résulte de lois spéciales[11], et que l'action en nullité soit ouverte au profit de personnes physiques, ou compète à des personnes morales[12].

En ce qui concerne particulièrement l'action en nullité accordée aux mineurs non émancipés, à raison de l'inobservation des formes prescrites pour la validité de certains actes juridiques, la prescription de dix ans s'applique tout aussi bien au cas où ces actes ont été passés par les tuteurs qu'à celui où ils l'ont été par les mineurs eux-mêmes[13].

[8] Cpr. § 337, texte et note 27.

[9] Arg. art. 1339. Duranton, XII, 538. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 546. Zachariæ, § 337, texte et note 3. Caen, 26 février 1827, Sir., 28, 2, 115.

[10] Cpr. art. 2088. Larombière, IV, art. 1304, n° 52. Zachariæ, § 337, note 6. Toulouse, 5 mars 1831, Sir., 34, 2, 111.

[11] Ainsi, la prescription établie par cet article s'applique à l'action en nullité fondée sur l'inobservation des formes prescrites par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, et dirigé contre des conventions dont la validité exige un acte notarié. Duranton, XII, 537. Pau, 4 février 1830, Sir., 30, 2, 202.

[12] La prescription de dix ans s'applique notamment à l'action en nullité d'une aliénation de biens communaux, consentie par le maire en cette qualité, sans l'observation des formalités requises. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. III, § 6, n° 5. Troplong, *De la prescription*, I, 196. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 533. Larombière, IV, art. 1304, n° 49. Chauveau, *Journal de droit administratif*, 1865, XIII, p. 187. Civ. rej., 29 juin 1838, Sir., 38, 1, 489. Req. rej., 18 janvier 1841, Sir., 41, 1, 340. Caen, 4 mars 1848, Sir., 49, 2, 543. Angers, 27 février 1867, Sir., 67, 2, 252. Voy. en sens contraire : Solon, *Des nullités*, II, 479.

[13] De Fréminville, *De la minorité*, II, 895. Solon, *Des nullités*, II, 468. Marcadé, sur l'art. 1311, n° 2. Larombière, IV, art. 1304, n° 46. Zachariæ, § 337, texte et note 7. Civ. rej., 14 novembre 1826, Sir., 27, 1, 306. Riom, 8 mai

Quoique l'art. 1304 ne mentionne expressément que les actions en nullité ou en rescision de conventions, sa disposition ne doit pas être restreinte aux contrats proprement dits : elle s'applique de même à tous actes de volonté, d'où résulte un engagement, une renonciation, ou une décharge, et qui, opérant à l'instar d'un

1829. Sir., 29, 2, 296. Riom, 25 mars 1829, Sir., 30, 2, 241. Civ. cass., 25 novembre 1835, Sir., 36, 1, 130. Nîmes, 14 janvier 1839, Sir., 39, 2, 369. Paris, 2 novembre 1840, Sir., 41, 2, 134. Grenoble, 10 juin 1842, Sir., 43, 2, 144. Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 641. Bordeaux, 8 juillet 1863, Sir., 63, 2, 268.—M. Duranton (III, 598, X, 282, XII, 545) enseigne, au contraire, qu'un acte passé par le tuteur sans l'observation des formalités requises, telle une vente immobilière consentie sans l'accomplissement des conditions exigées par les art. 457 à 459, n'est pas plus opposable au mineur que ne le serait la vente d'un de ses immeubles faite par un étranger, et que le mineur jouit par conséquent de l'action en revendication, tant que l'usucapion n'est point accomplie au profit de l'acquéreur. Voy. aussi en ce sens : Grenier, *Des hypothèques*, I, 48 ; Vazeille, *Des prescriptions*, II, 550 ; Chardon, *Du dol et de la fraude*, II, 286 ; Metz, 1er juin 1821, Sir., 24, 2, 154 ; Riom, 13 déc. 1826, Sir., 27, 2, 147 ; Bordeaux, 10 juillet 1829, Sir., 29, 2, 319 ; Toulouse, 7 juin 1830, Sir., 31, 2, 66 ; Grenoble, 21 mars 1833, et Rennes, 1er août 1833, Sir., 33, 2, 580. Bordeaux, 21 avril 1858, Sir., 58, 2, 395. Aux motifs donnés par la Cour de cassation, dans son arrêt du 25 novembre 1835, on peut ajouter, à l'appui de l'opinion énoncée au texte, que la doctrine contraire repose sur une fausse assimilation entre le tuteur et un simple mandataire. Lorsqu'il s'agit d'un mandat conventionnel, qui détermine les formes dans lesquelles doit être passé l'acte pour lequel il est donné, ces formes constituent une condition restrictive du mandat, de telle sorte que la qualité de mandataire est subordonnée à leur observation, et que leur omission doit, au regard du mandant, faire considérer l'acte consenti par le mandataire comme ayant été fait par un tiers dépourvu de mandat. Mais le tuteur représente le mineur dans tous les actes de la vie civile ; et si la loi l'astreint, pour certains actes, à l'observation de formalités spéciales, elle ne fait cependant pas dépendre sa qualité de représentant du mineur de l'accomplissement de ces formalités. Leur omission forme bien obstacle à la validité d'un acte de cette nature ; mais elle n'empêche pas que le mineur n'y ait été représenté, et que cet acte ne puisse lui être opposé : *Factum tutoris, factum pupilli*. Voy. en ce sens : *Discussion au Conseil d'État*, de l'art. 1599 (Locré, *Lég.*, XIV, p. 51 et 53, n° 21). Cpr. L. 20, C. *de neg. gest.* (2, 19) ; § 115, texte n° 1.— Il est, du reste, bien entendu que si des immeubles pupillaires avaient été vendus par un tiers, ou même par le tuteur en son propre nom, la prescription établie par l'art. 1304 ne serait pas opposable au mineur, qui serait autorisé à exercer l'action en revendication, sans avoir besoin de faire prononcer la nullité de la vente. Art. 1165. Larombière, *loc. cit.* Civ. rej., 8 décembre 1813. Sir., 14, 1, 213. Cpr. Civ. rej., 14 novembre 1826, Sir., 27, 1, 306.

contrat lorsque le bénéfice en a été accepté par les intéressés, confèrent à ces derniers des droits irrévocables[14]. C'est ainsi que la prescription de dix ans peut être opposée à l'action en nullité ou en rescision dirigée, soit contre un paiement ou une quittance[15], soit contre l'acceptation ou la répudiation d'une succession[16].

2° *Des actions qui ne sont pas soumises à la prescription établie par l'art.* 1304.

Pour déterminer d'une manière plus précise la portée de cet article, il convient d'indiquer maintenant les actions qui ne tombent pas sous son application.

La prescription de l'art. 1304 ne concerne que les actions en nullité relatives au patrimoine ; elle est étrangère aux actions en nullité dirigées contre des conventions ou actes de l'état civil. C'est ainsi qu'elle ne s'applique pas à l'action par laquelle on demanderait l'annulation d'un mariage, d'une adoption, ou d'une reconnaissance d'enfant naturel[17].

D'un autre côté, la prescription dont s'agit ne peut être opposée qu'aux actions en nullité ou en rescision intentées par les parties elles-mêmes ou leurs ayants droit, et non à celles qui compète-

[14] L'art. 46 de l'ordonnance de juin 1510, qui forme le point de départ de notre législation en ce qui concerne la prescription des actions en nullité ou en rescision, l'avait fixée à dix années, non-seulement pour les contrats, mais encore pour les autres actes. Si les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans le premier alinéa de l'art. 1304, employé des expressions moins étendues, et ne parlent que des actions en nullité ou en rescision *de conventions*, on doit croire qu'ils ne l'ont fait que pour empêcher l'application de cette disposition à des actes qui, d'après leur nature, ne sauraient être soumis aux mêmes règles que les contrats proprement dits. En se servant du mot *conventions* et non du terme *contrats*, ils semblent précisément avoir voulu comprendre tous les actes de volonté produisant, en vertu de l'acceptation expresse ou présumée des intéressés, l'effet de lier juridiquement ceux dont ils émanent. Ce qui confirme cette supposition, c'est que, dans les alinéas 2 et 3 de l'art. 1304, le législateur s'est servi de l'expression *actes*, indiquant ainsi que le terme *conventions* ne devait pas être pris ici dans le sens restreint de *contrats*. Colmet de Santerre, V, 265 *bis*, IX.

[15] Angers, 27 décembre 1815, Sir., 17, 2, 57. Cpr. Req. rej., 27 juin 1837, Sir., 38, 1, 426.

[16] Larombière, IV, art. 1304, n° 61. Grenoble, 6 décembre 1842, Sir., 43, 2, 290.

[17] Cpr. § 462, texte n° 1 ; § 558, texte n° 2 ; § 568 *ter*, texte n° 2, *in fine*.

raient à des tiers en leur propre nom. C'est ainsi que l'action en nullité ouverte aux héritiers contre un testament fait par leur auteur, se prescrit, non par dix ans, mais par trente ans seulement, à partir du décès de ce dernier[18]. Il en est de même de l'action appartenant aux héritiers du donateur contre une donation nulle en la forme[19]. A plus forte raison, la prescription de trente ans est-elle

[18] Cette proposition est généralement admise. Toullier, VII, 617. Duranton, XII, 531. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 535. Larombière, IV, art. 1304, n° 60. Zachariæ, § 337, note 2. Bordeaux, 14 mars 1843, Sir., 43, 2, 311.

[19] Ce second point est vivement controversé. De nombreux arrêts, partant de l'idée que la prescription de dix ans devient applicable du moment où la confirmation est possible, ont décidé que l'action ouverte aux héritiers du donateur contre une donation nulle en la forme, se prescrit par dix ans à partir du décès de ce dernier, par cela même que le vice dont elle est entachée, est alors susceptible de se couvrir par confirmation. Art. 1340. Angers, 22 mai 1834, Sir., 34, 2, 337. Riom, 16 juin 1843, Sir., 43, 2, 543. Toulouse, 27 avril 1861, Sir., 62, 1, 393. Req. rej., 5 mai 1862, Sir., 62, 1,561. Voy. dans le même sens : Vazeille, *Des prescriptions*, II, 546 ; Troplong, *Des donations*, III, 1086 ; Colmet de Santerre, V, 313 *bis*. Malgré ces imposantes autorités, nous croyons devoir persister dans notre manière de voir. L'inexactitude de l'idée qui forme le point de départ de l'opinion contraire a déjà été démontrée à la note 4 *supra*. Si la prescription établie par l'art. 1304 ne peut recevoir application que dans les cas où existe la possibilité de confirmer, on ne saurait en conclure à l'inverse que, du moment où la confirmation devient possible, il y a lieu d'admettre également la prescription dont s'agit. C'est donc dans un autre ordre d'idées qu'il faut chercher la solution de la difficulté, en se fixant sur le point de savoir si l'action en nullité ne compète aux héritiers du donateur que du chef de leur auteur, ou si, au contraire, elle leur appartient en propre nom et en qualité de tiers. Admissible, sans aucun doute, dans la première de ces alternatives, la prescription de dix ans devrait, sans la moindre hésitation aussi, être rejetée dans la seconde, puisqu'il est reconnu généralement et par la Cour de cassation elle-même (Civ. cass., 8 janvier 1838, Sir., 38, 1, 646) que cette prescription ne peut être opposée à ceux qui n'ont pas été parties dans l'acte qu'ils attaquent par voie de nullité. Or, il est certain que, d'après l'esprit de la législation nouvelle, aussi bien que d'après celui de notre ancien Droit, les formes extrinsèques auxquelles se trouvent soumises les donations ont été prescrites, non-seulement dans l'intérêt du donateur, mais aussi dans l'intérêt des tiers, notamment dans celui des personnes éventuellement appelées à recueillir son hérédité, et comme garantie du droit de succession *ab intestat* qu'elles tiennent, non du défunt, mais de la loi. C'est ce que Bigot-Préameneu a parfaitement mis en lumière dans l'*Exposé des motifs* des art. 1339 et 1340, en disant : « Il est, dans certains « actes, des vices qui ne peuvent être réparés par ce moyen : ce sont les vices « de forme qui, dans un acte de donation entre-vifs, entraînent la nullité aux

seule applicable à l'action paulienne ou révocatoire, qui ne peut pas même être rangée dans la catégorie des actions en nullité [20].

En troisième lieu, la prescription de l'art. 1304 est étrangère aux actions qui ne constituent pas des demandes en nullité ou en rescision proprement dites, quelque analogie qu'elles présentent d'ailleurs avec ces dernières. Elle ne s'étend, par conséquent, ni aux actions en résolution ou résiliation de contrats [21], ni aux actions en rectification de comptes [22], ni aux actions en répétition de l'indu [23], notamment à celles qui ont pour objet la restitution, soit de sommes payées en vertu d'une convention usuraire [24] ou d'un traité secret relatif à la cession d'un office [25], soit du prix de vente

« termes de la loi... Ces formes ont été prescrites pour l'intérêt des tiers. Au « nombre des tierces personnes que ces formes intéressent sont les héritiers ou « ayants cause du donateur. » (Locré, *Lég.*, XII, p. 405, nᵒˢ 206 et 207). Enfin l'art. 1339, qui refuse au donateur la faculté de confirmer une donation nulle en la forme, bien que l'art. 1340 reconnaisse à ses héritiers la possibilité de faire ce qui se trouve interdit à lui-même, ne peut rationnellement s'expliquer, si ce n'est par le motif que la confirmation du donateur serait inefficace à couvrir, par rapport à ses héritiers, une nullité qu'il leur appartient de faire valoir en leur propre nom. Cpr. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 1340, n° 3 ; Larombière, IV, art. 1304, n° 62 ; Saintespès-Lescot. *Des donations*, III, 581 ; Demolombe, *Des donations*, VI, 296.

[20] Cpr. § 313, texte n° 4, et note 44.

[21] Toullier, VII, 551. Duranton, XII, 552. Marcadé, sur l'art. 1304, n° 4. Larombière, IV, art. 1304, n° 44. Colmet de Santerre, V, 265 *bis*, X.

[22] Cpr. Code de procédure, art. 541. Merlin, *Quest.*, v° Compte. Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 1886 *quinquies*. Bordeaux, 10 juin 1828, Sir., 28, 2, 268. Cpr. Civ. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104.

[23] Duranton, XII, 550. Larombière, IV, art. 1304, n° 28. Zachariæ, § 337, note 4. Amiens, 9 mai 1823, Sir., 26, 2, 165. Civ. rej., 19 janvier 1831, Sir., 31, 1, 157.

[24] Troplong, *Du prêt*, n° 401. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 112. Larombière, IV, art. 1304, n° 58. Zachariæ, § 337, note 6. Angers, 27 mars 1829, Sir., 29, 2, 336. Bourges, 2 juin 1831, Sir., 32, 2, 120. Civ. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104. Montpellier, 1ᵉʳ mars 1833, Sir., 37, 1, 234. Voy. en sens contraire : Caen, 29 avril 1835, Sir., 38, 2, 510 ; Toulouse, 8 novembre 1836, Sir., 37, 2, 324.

[25] Paris, 5 décembre 1846, Sir., 47, 2, 228. Req. rej., 3 janvier 1849, Sir., 49, 1, 282. Rouen, 26 décembre 1850, Sir., 51, 2, 97. Voy. en sens contraire : *Dissertation*, par Teyssier-Desfarges, *Revue de droit français et étranger*, 1846, III, p. 608.

d'une chose qui n'existait plus au moment du contrat[26], ni aux actions en réduction dirigées contre des dispositions à titre gratuit[27], ni enfin aux actions en déclaration de simulation, alors même qu'elles seraient formées par l'une des parties, qui alléguerait que le contrat n'a absolument rien de sérieux, ou que son véritable caractère a été déguisé sous l'apparence d'une convention d'une autre nature[28].

Enfin, l'art. 1304, ne parlant que des actions en nullité ou en rescision, ne peut être étendu aux exceptions de cette nature. On doit appliquer à ces exceptions, comme à toutes autres, la maxime : *Quæ temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*[29].

3° Du point de départ de la prescription établie par l'art. 1304.

Cette prescription commence, en général, à courir du jour auquel a été passé le contrat ou l'acte entaché d'une cause de nullité ou de rescision[30].

Cette règle reçoit exception :

a. Quant aux nullités qui ne sont pas susceptibles d'être immédiatement couvertes par voie de confirmation. La prescription, en pareil cas, ne court que du jour où la confirmation est devenue légalement possible. Ainsi, par exemple, l'action en nullité dirigée,

[26] Duranton, XII, 531. Troplong, *De la vente*, I, 252. Duvergier, *De la vente*, II, 256. De Fréminville, *De la minorité*, II, 892. Zachariæ, § 337, note 4 et § 349, note 14. Rennes, 28 juillet 1811, Sir., 13, 2, 98. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 597 et 598.

[27] Cpr. § 685 *quater*, texte n° 3 ; § 734, texte *in fine*.

[28] Ainsi, par exemple, l'action tendant à faire déclarer qu'un acte qualifié de vente n'est en réalité qu'un contrat pignoratif ou une antichrèse n'est pas soumise à la prescription de dix ans. Une pareille action ne peut, en effet, ni quant à son fondement, ni quant à son objet, être considérée comme une action en nullité de la convention. Son unique but est de faire déterminer le véritable caractère de cette convention, et les effets qu'elle doit produire d'après l'intention réelle des parties. Larombière, IV, art. 1304, n° 59. Req. rej., 24 juillet 1817. Dalloz, *Rép.*, v° Nantissement, n° 224. Poitiers, 18 juillet 1838, Sir., 38, 2, 391. Cpr. cep. Limoges, 2 août 1839, Sir., 40, 2, 62.

[29] Cpr. sur le sens de cette maxime, et sur les conditions auxquelles son application est subordonnée : § 771, texte et notes 1 à 6.

[30] Arg. *a contrario*, art. 1304, al. 2 et 3, cbn. al. 1. Toullier, VII, 603 et 604. Duranton, XII, 533. Marcadé, sur l'art. 1304, n° 2. Larombière, IV, art. 1304, n° 19. Zachariæ, § 337, texte et note 8.

pour vice de forme, contre un contrat de mariage, ne devient prescriptible qu'à partir de la dissolution du mariage. Arg. art. 1395.

b. Quant aux actions en nullité ou en rescision ouvertes contre un partage d'ascendant fait par acte entre-vifs. La prescription, en pareil cas, ne commence à courir que du jour du décès de l'ascendant auteur du partage [31].

c. Relativement aux actions en nullité ou en rescision, ouvertes en faveur de personnes que la loi déclare incapables de s'obliger. La prescription ne court alors qu'à partir du moment où l'incapacité a cessé, c'est-à-dire à dater de la dissolution du mariage, de la majorité [32], de la levée de l'interdiction ou de la défense de procéder sans conseil, suivant que l'action est ouverte contre un acte passé par une femme mariée non autorisée, par un mineur, par un interdit, ou par une personne pourvue d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil [33]. Art. 1304, al. 2 et 3, et arg. de cet article.

[31] Cpr. §§ 730 et 731, texte et notes 7 et 8; § 734, texte et notes 15 à 17.

[32] Que l'acte ait été passé par le mineur, ou par le tuteur au nom de ce dernier, la prescription court également à dater de la majorité, et non pas seulement à partir de la connaissance que le mineur peut avoir acquise de l'acte qu'il attaque. Larombière, IV, art. 1304, n° 26. Civ. cass., 30 mars 1830, Sir., 30, 1, 238.

[33] Duranton, III, 810. Demolombe, VIII, 766. Larombière, IV, art. 1304, n° 25. Valette, *Explication sommaire*, p. 388, n° 43. Voy. en sens contraire : Angers, 27 juillet 1859, Sir., 60, 2, 29; Req. rej., 6 juin 1860, Sir., 60, 1, 593. Pour décider que la prescription de dix ans court à partir du jour même de l'acte passé par une personne pourvue d'un conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil, ces arrêts se fondent : d'une part, sur ce que l'art. 2252, qui suspend la prescription au profit des mineurs et des interdits, ne peut être étendu, par voie d'analogie, aux individus soumis à un conseil judiciaire; d'autre part, sur ce que l'art. 1304 ne contient, en faveur de ces individus, aucune dérogation à la règle d'après laquelle la prescription qui s'y trouve établie court, en général, à partir du jour même de l'acte annulable ou rescindable. A notre avis, ces raisons n'ont aucune valeur. La première, quoique parfaitement exacte en elle-même, est sans application à notre question, dont l'objet n'est pas de savoir si la prescription, après avoir commencé à courir, s'est trouvée suspendue, mais de savoir à partir de quelle époque elle a pu commencer à courir; ce qui est bien différent, ainsi que nous l'avons établi à la note 1re du § 213, en distinguant l'imprescriptibilité temporaire des simples causes de suspension. Quant à la seconde des raisons ci-dessus indiquées, elle se réfute par la considération que, si l'art. 1304 ne s'occupe pas spécialement des personnes pourvues d'un conseil

La prescription ne court également qu'à partir de la levée de l'interdiction, lorsqu'il s'agit d'actes antérieurs à l'interdiction, attaqués en vertu de l'art. 503 [34]. Quant à ceux qui ont été passés en état de démence par une personne dont l'interdiction n'a pas été prononcée, elle ne court qu'à dater du jour où cette personne a recouvré sa raison [35]. Enfin, lorsqu'un individu est décédé en état de minorité, d'interdiction, ou de démence, c'est à partir de son décès que commence à courir la prescription de l'action en nullité compétant à ses héritiers [36].

En vertu de la disposition, toute spéciale, de l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, l'action en nullité des actes passés par une personne placée dans un établissement d'aliénés, et dont l'interdiction n'a pas été prononcée, ne se prescrit contre cette personne elle-même qu'à dater du jour où elle a eu connaissance de ces actes, par signification ou autrement, après sa sortie définitive de l'éta-

judiciaire, il n'en ressort pas moins de ses dispositions concernant les femmes mariées, les mineurs et les interdits, que la prescription ne commence à courir, pour les actes faits par des incapables, que du jour où l'incapacité a cessé ; et il n'existe aucun motif rationnel pour ne pas appliquer ce principe, virtuellement renfermé dans les alinéas 2 et 3 de l'art. 1304, aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, aussi bien qu'aux autres incapables. En vain dirait-on que ces personnes ont l'exercice de leurs actions, qu'elles peuvent même confirmer, avec l'assistance de leur conseil, les actes entachés de nullité pour avoir été passés sans cette assistance. Ce serait là faire la critique de la loi. En effet, les femmes mariées et les mineurs émancipés ont aussi l'exercice de leurs actions ; il leur est également permis de confirmer, avec l'autorisation de leurs maris ou l'assistance de leurs curateurs, les actes qu'ils auraient pu attaquer par voie de nullité ou de rescision, et malgré cela les actions qui leur compètent à cet effet, ne commencent à se prescrire que du jour de la dissolution du mariage ou de la majorité.

[34] Cpr. Aix, 17 février 1832, Sir., 32, 2, 264. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 616.

[35] Voy. en sens contraire : Bordeaux, 14 janvier 1857, Sir., 57, 2, 358. Cet arrêt, qui décide que la prescription court à partir du jour même de l'acte passé en état de démence, repose sur la confusion que nous avons déjà signalée à la note 33 *supra*, entre l'imprescriptibilité temporaire et les simples causes de suspension. Nous ajouterons que si un simple vice de consentement, tel que l'erreur ou le dol forme, tant qu'il existe, obstacle au cours de la prescription, à plus forte raison doit-il en être de même de l'absence complète de consentement. Cpr. Larombière, IV, art. 1304, n° 25.

[36] Toullier, VII, 714. Larombière, IV, art. 1304, n°s 24 et 25. Zachariæ, § 337, texte, *in medio passim*.

blissement, et contre ses héritiers, qu'à partir du moment où ils en ont eux-mêmes obtenu connaissance, après le décès de leur auteur, à moins toutefois que la prescription n'ait déjà commencé à courir contre ce dernier [37].

d. Enfin, la règle ci-dessus énoncée reçoit exception en ce qui concerne les nullités résultant d'un vice dont se trouverait entaché le consentement de l'une des parties. La prescription ne court, dans cette hypothèse, que du jour auquel le consentement aurait pu être valablement donné, c'est-à-dire en cas de violence, à compter du jour où elle a cessé, et, en cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts [38]. Art. 1304, al. 2.

Cette exception ne doit pas être étendue au vice de lésion. La prescription, en pareil cas, court du jour du contrat ou du jour de la majorité, et non pas seulement à dater du moment auquel le demandeur en rescision prétendrait avoir obtenu connaissance de la lésion [39].

Les règles générales sur la suspension ou l'interruption de la prescription doivent également être appliquées à la prescription établie par l'art. 1304, lorsqu'elle a commencé à courir [40]. Ainsi, cette prescription est suspendue au profit du mineur succédant à un majeur, dans la personne duquel l'action en nullité ou en rescision avait pris naissance [41].

Du reste, les dispositions spéciales de l'art. 1304 ne forment

[37] Cpr. § 127 *bis*, texte *in fine*, et notes 41 à 44.

[38] C'est à celui qui prétend que la prescription de dix ans n'a pu commencer à courir par suite d'erreur ou de dol, à prouver que l'erreur ou le dol n'ont été découverts que depuis moins de dix ans : *Reus excipiendo fit actor.* Art. 1315. Duranton, XII, 536. Marcadé, sur l'art. 1304, n° 2. Larombière, IV, art. 1304, n° 30. Zachariæ, § 237, texte et note 10. Civ. cass., 26 juillet 1825, Sir., 25, 1, 370. Besançon, 1er mars 1827, Sir., 27, 2, 141. Paris, 22 juillet 1853, Sir., 54, 2, 49. Voy. en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, I, 53. — Mais cette preuve est susceptible d'être faite par témoins, ou à l'aide de simples présomptions, et il n'est pas même nécessaire que l'existence du dol soit au préalable établie. Le juge peut, à l'aide des faits déjà constants, déterminer l'époque probable de la découverte du dol allégué, et rejeter, en conséquence, l'exception de prescription, tout en ordonnant une enquête pour la preuve du dol même. Civ. rej., 13 mars 1849, Sir., 49, 1, 347.

[39] Cpr. art. 1676 ; § 626, texte n° 2. Larombière, IV, art. 1304, n° 27.

[40] Larombière, IV, art. 1304, n° 31.

[41] Voy. pour la justification de cette proposition : § 214, texte n° 1, et note 9.

pas obstacle à l'application de la règle générale établie, en matière de prescription, par l'art 2262. Ainsi, s'il s'était écoulé plus de trente ans depuis la passation d'un acte entaché de dol ou d'erreur, l'action en nullité se trouverait prescrite, bien qu'il ne se fût point encore écoulé dix années depuis la découverte de l'erreur ou du dol [42].

[42] A l'appui de l'opinion contraire, on a invoqué l'art. 2264 et la maxime *Specialia generalibus derogant*. Mais ce serait, à notre avis, aller directement contre l'esprit qui a dicté les dispositions spéciales de l'art. 1304, que d'écarter, d'une manière absolue, en matière d'actions en nullité ou en rescision, l'application de la prescription générale établie par l'art. 2262. En limitant à 10 années le délai pendant lequel ces actions peuvent être utilement intentées, le législateur a clairement manifesté qu'à ses yeux elles méritaient moins de faveur que les actions ordinaires, qui ne se prescrivent que par 30 ans. Et si, pour tempérer les conséquences de cette réduction, il a cru devoir exceptionnellement fixer le point de départ de la prescription de dix ans au moment de la découverte de l'erreur ou du dol, cela n'autorise pas à supposer qu'il ait voulu soustraire les actions dont s'agit à la prescription de trente ans. En vain se prévaudrait-on de la maxime *Contra agere non valentem non currit præscriptio*, puisque la continuation de l'erreur ou l'ignorance du dol ne forment que des obstacles de fait à l'introduction immédiate de l'action en nullité, et que les obstacles de cette nature n'arrêtent point, en général, le cours de la prescription. Il ne faut, d'ailleurs, pas perdre de vue que l'exception de nullité reste indéfiniment ouverte au profit de celui qui n'a pas exécuté l'acte contre lequel il est fondé à revenir, et que l'action en nullité n'est, en définitive, qu'un moyen pour faire admettre une demande en répétition ou restitution. Or, il serait contraire à l'esprit général de notre législation, et au but final de la prescription de trente ans, qui est de garantir le patrimoine contre toute ultérieure réclamation, d'étendre au delà de ce terme la durée normale d'actions qui ne présentent qu'un intérêt pécuniaire. Paris, 22 juillet 1853, Sir., 54, 2, 49. Voy. en sens contraire : les autorités citées en note de cet arrêt ; Seligman, *Dissertation*, *Revue critique*, 1854, V, p. 447 ; Larombière, IV, art. 1304, n° 29.

TITRE SECOND.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS EN PARTICULIER.

Voyez les sources et la bibliographie au titre premier.

CHAPITRE PREMIER.

DES CONTRATS.

DES CONTRATS EN GÉNÉRAL.

I. NOTION DU CONTRAT.

§ 340.

Une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique[1].

Elle peut avoir pour objet, soit la formation d'une obligation, soit sa modification ou son extinction, soit enfin la translation d'un droit.

La convention qui a pour objet la formation d'une obligation[2], ou la translation d'un droit[3], se nomme plus spécialement *contrat*. Art. 1101.

La convention est le genre et le contrat l'espèce[4]. La première

[1] *Conventio est duorum pluriumve in idem placitum consensus.* L. 1, *D. de pact.* (2, 14).

[2] Voy. sur la distinction des obligations de donner, de faire, ou de ne pas faire, et sur les effets de ces différentes espèces d'obligations : § 299, texte n° 3.

[3] A la différence de ce qui avait lieu en Droit romain, l'obligation de donner, lorsqu'elle porte sur un objet déterminé dans son individualité, emporte par elle-même, d'après le Code Napoléon, la translation de la propriété de cet objet.

[4] Cependant les rédacteurs du Code emploient fréquemment le mot *convention* comme synonyme de *contrat*.

comprend le *distrat* aussi bien que le *contrat*. Ainsi la décharge conventionnelle dont il est question aux art. 1285 et 1287, est une convention et non pas un contrat.

En Droit français, les conventions sont, en général [5], obligatoires par le seul effet du consentement des parties, et sans qu'il soit besoin, ni de la livraison de la chose qui en forme l'objet ou de l'accomplissement par l'une des parties du fait auquel elle s'est obligée, ni de l'emploi de formalités intrinsèques [6]. Sous ce rapport, le Droit français [7] diffère essentiellement du Droit romain, dont les dispositions reposent sur le principe contraire, c'est-à-dire sur le principe que le consentement ne suffit point, en règle générale, pour rendre une convention civilement obligatoire [8].

II. DES DIFFÉRENTES DIVISIONS DES CONTRATS [1].

§ 341.

1° Les contrats se divisent en unilatéraux, et en bilatéraux ou synallagmatiques.

[5] Cpr. § 343, texte n° 3, et notes 18 à 21. Voy. cep. même §, texte n° 3, notes 22 et 23.

[6] Arg. art. 1108. Cpr. § 306, note 4. — La théorie du Droit romain sur les *causes d'obligation*, ainsi que la distinction des contrats d'avec les simples conventions ou les pactes, et la division des contrats, en réels, verbaux, littéraux, et consensuels, sont donc étrangères au Droit français. Cpr. § 345. Zachariæ, § 340, note 2. Il résulte bien des définitions que le Code Napoléon donne du commodat, du prêt de consommation, du dépôt, et du nantissement, ainsi que des règles qu'il trace sur ces matières, que les contrats dont s'agit n'existent comme tels que par la livraison de la chose qui en forme l'objet. Mais ils ne constituent pas pour cela des contrats réels dans le sens du Droit romain : car il n'est pas douteux que, d'après les principes du Code Napoléon, la simple promesse, suivie d'acceptation, soit de livrer une chose à titre de commodat, de prêt de consommation, ou de gage, soit de la recevoir en dépôt, ne soit civilement obligatoire. Larombière, I, art. 1107, n° 6. Colmet de Santerre, V, 9 *bis*, II. Demolombe, XXIV, 31 et 32. Colmar, 8 mai 1845, Sir., 47, 2, 117.

[7] L'ancien Droit français avait déjà admis le principe *Solus consensus obligat. Autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du Droit romain.* Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. I, reg. 2. Pothier, n° 15. Zachariæ, *loc. cit.*

[8] § 2, *Inst. de oblig.* (3, 13).

[1] Cpr. sur cette matière : *Untersuchung über systematische Eintheilung und Stellung der Vertræge*, par J. Rudhardt ; Nuremberg, 1811, 8°. — La division

Les premiers sont ceux dans lesquels une seule des parties s'engage envers l'autre, sans que celle-ci soit obligée par l'effet immédiat de la convention, et sans même que son exécution puisse devenir pour elle la cause d'une obligation. Art. 1103. Le cautionnement, la constitution d'hypothèque, et la donation sont des contrats unilatéraux.

Les contrats bilatéraux ou synallagmatiques (*sensu lato*) sont ceux dans lesquels se rencontrent des obligations à la charge de chacune des parties. Art. 1102.

Ces contrats se subdivisent en contrats parfaitement ou imparfaitement synallagmatiques, suivant que les parties se soumettent, par le fait même de la convention, à des engagements réciproques, qui forment ou qui sont censés former, pour chacune d'elles, l'équivalent de la prestation à laquelle elle a droit, ou que l'une des parties s'engage seule par l'effet immédiat de la convention, et que l'obligation de l'autre dépend de circonstances accidentelles, postérieures à sa formation[2].

Les contrats unilatéraux, tout en conservant leur caractère principal, se transforment, à certains égards, en contrats synallagma-

des contrats en contrats donnant lieu, soit à une action *bonæ fidei*, soit à une action *stricti juris*, qui était d'une haute importance en Droit romain, est étrangère au Droit français. Voy. art. 1134, 1135 et 1160. Zachariæ, § 240, note 6 *in fine*, Voy. cep. Delvincourt. p. 457 et 458.

[2] Dans les contrats parfaitement synallagmatiques, les deux parties contractent, par le fait même de la convention, deux obligations actuelles et principales, qui forment réciproquement la cause l'une de l'autre. Au contraire, dans les contrats imparfaitement synallagmatiques, une seule des parties s'engage actuellement et d'une manière principale, tandis que l'autre ne se soumet qu'à une obligation éventuelle, subordonnée au cas où l'autre partie ferait des déboursés ou contracterait quelque engagement pour l'exécution ou à l'occasion du contrat. Cette obligation éventuelle est tout au plus une suite, mais non la cause de l'obligation primitive, qui forme l'objet direct du contrat. Aussi les contrats parfaitement synallagmatiques engendrent-ils, au profit de chacune des parties, une action principale, ayant pour objet l'exécution des engagements qui en dérivent directement (*actio utrinque directa*) ; tandis que les contrats imparfaitement synallagmatiques ne produisent qu'une seule action directe, compétant à la partie au profit de laquelle l'engagement principal a été contracté, et ne confèrent à l'autre partie qu'une action éventuelle en indemnité, ou en garantie, à raison des déboursés qu'elle pourra faire, ou des engagements qu'elle pourra prendre (*actio contraria*). Cpr. Colmet de Santerre, IV, 5 et 5 *bis* ; Demolombe, XXIV, 21 et 22 ; Zachariæ, § 341, note 1re.

tiques, lorsqu'ils sont faits sous des charges ou des conditions à remplir par la partie en faveur de laquelle ils sont passés. C'est ce qui a lieu pour les donations faites sous des charges imposées au donataire, et pour le cautionnement fourni sous la condition, de la part du créancier, d'accorder des termes au débiteur, ou de lui donner mainlevée d'une inscription hypothécaire.

Quant à la question de savoir si des contrats imparfaitement synallagmatiques, tels que le dépôt et le mandat, revêtent le caractère de contrat parfaitement synallagmatiques, par cela seul qu'un salaire a été stipulé en faveur du mandataire ou du dépositaire, elle est à décider négativement, à moins qu'une solution contraire ne doive être admise d'après l'ensemble de la convention et les circonstances dans lesquelles elle a été conclue[3].

Les contrats parfaitement synallagmatiques sont commutatifs, lorsque l'équivalent à recevoir par chacune des parties en retour de la prestation à laquelle elle s'oblige, consiste, pour l'une comme pour l'autre, en un avantage certain. Ils sont aléatoires, lorsque cet équivalent consiste, soit uniquement dans les chances réciproques de gain ou de perte, soit dans les chances de cette nature combinées avec un avantage certain, pour les deux parties, ou pour l'une d'elles seulement. Art. 1104, et 1964[4].

L'intérêt pratique de la division des contrats, en contrats parfaitement ou imparfaitement synallagmatiques, se rattache principalement à l'application des art. 1184 et 1325. Dans l'un et l'autre de ces textes, les termes *contrats synallagmatiques* sont pris dans leur acception restreinte, et ne s'appliquent qu'aux contrats par-

[3] Demolombe, XXIV, 23. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. civ. rej., 16 juillet 1855, Sir., 55, 1, 33.

[4] Ces articles donnent, des contrats aléatoires, deux définitions qui ne concordent pas parfaitement entre elles, et qui laissent l'une et l'autre à désirer. Celle de l'art. 1104 est incomplète, en ce qu'elle n'indique pas l'avantage certain qui, à côté des chances réciproques de gain et de perte, peut exister, pour les deux parties, comme dans le contrat de rente viagère, ou pour l'une d'elles seulement, comme dans le contrat d'assurance. Quant à la définition de l'article 1964, elle est inexacte, en ce qu'elle suppose que la chance de gain ou de perte peut n'exister que pour une seule des parties, ce qui est contraire à la nature des choses. On ne comprendrait pas en effet qu'un contrat emportât pour l'une des parties une chance de perte ou de gain, sans emporter en même temps pour l'autre une chance inverse de gain ou de perte. Cpr. en sens divers : Duranton, X, 76, XVIII, 95 et suiv. ; Marcadé, sur l'art. 1104 ; Larombière, I, art. 1102 à 1106, n° 4 ; Pont, *Des petits contrats*, I, 574 à 576.

faitement synallagmatiques, c'est-à-dire aux contrats commutatifs et aux contrats aléatoires [5].

2° Les contrats se divisent en contrats à titre onéreux ou intéressés, et en contrats à titre gratuit ou de bienfaisance. Ils sont à titre onéreux, lorsque l'avantage qu'ils procurent à chacune des parties, ne lui est concédé que moyennant une prestation qu'elle a fournie, ou à laquelle elle s'oblige. Ils sont à titre gratuit, lorsqu'ils assurent à l'une des parties quelque avantage, indépendamment de toute prestation de sa part. Art. 1105 et 1106.

Les contrats parfaitement synallagmatiques sont tous et nécessairement à titre onéreux. Les contrats imparfaitement synallagmatiques et les contrats unilatéraux sont, les uns à titre onéreux, les autres de bienfaisance.

3° Les contrats sont, ou d'acquisition, ou de garantie, selon qu'ils ont pour objet d'augmenter, ou simplement de garantir le patrimoine des deux parties ou de l'une d'elles.

4° Ils sont solennels ou non solennels, suivant que l'efficacité en est ou non subordonnée à l'observation de certaines formalités [6].

5° Enfin, les contrats sont nommés ou innommés, selon que la loi les désigne ou non sous une dénomination spéciale [7].

Les règles tracées par le Code Napoléon sur les contrats en général, s'appliquent aux contrats nommés, aussi bien qu'aux contrats innommés. Mais les règles particulières aux divers contrats nommés, ne sont applicables que par analogie aux contrats innommés [8]. Art. 1107.

[5] Zachariæ, § 241. Demolombe, XXIV, 21.

[6] Cpr. § 306, note 4 ; § 340, note 6 ; § 343, texte n° 3. Delvincourt, II, part. I, p. 120. Colmet de Santerre, V, 9 *bis*, I. Demolombe, XXIV, 33. Zachariæ, § 241, texte n° 4. — M. Larombière (I, art. 1168, n° 4) semble ne voir dans les solennités prescrites pour certains contrats qu'une condition de preuve ; mais cette manière de voir n'est pas admissible. Les conditions extrinsèques ou de forme auxquelles sont assujettis certains contrats sont nécessaires à leur existence ou à leur validité même ; elles sont exigées *non tantum ad probationem, sed ad solemnitatem.*

[7] Une convention qui, d'après son objet et sa nature, constitue un contrat nommé et défini par la loi doit être appréciée d'après les règles relatives à ce contrat, quoique les parties ne l'aient pas dénommée, ou qu'elles lui aient donné une qualification différente de celle qui lui appartient. Zachariæ, § 341, note 5. Civ. cass., 7 juillet 1812, Sir., 13, 1, 80.

[8] Cpr. Duranton, X, 92.

Nous ne traiterons que des contrats nommés dont le Code Napoléon s'est occupé[9]. Encore ne parlerons-nous pas, dans ce chapitre, du contrat de mariage, des donations, et du contrat de constitution d'hypothèque.

III. DES CONDITIONS NÉCESSAIRES A L'EXISTENCE ET A LA VALIDITÉ DES CONTRATS.

§ 342.

Notions générales.

Tout contrat exige le concours du consentement des parties, de leur capacité à l'effet de contracter, d'un objet certain, et enfin d'une cause licite d'obligation. Art. 1108. Ces quatre conditions doivent exister au moment où se forme le contrat

Nous expliquerons, dans les paragraphes suivants, les règles relatives au consentement des parties, à l'objet et à la cause. Quant aux principes qui régissent la capacité de contracter, nous nous bornerons à renvoyer aux §§ 52, 334 et 335, ainsi qu'aux matières qui y sont indiquées, en rappelant simplement ici la disposition de l'art. 1123, aux termes duquel toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

Le consentement et l'objet constituent à la fois des éléments de fait indispensables à l'existence de toutes conventions, et des éléments de droit qui, pour sa validité, doivent réunir certains caractères ou être exempts de certains vices indiqués par la loi.

La cause n'apparaît, au contraire, que comme un élément de droit, en ce que l'absence de cause ne peut s'entendre que de l'absence d'une cause juridiquement suffisante.

A côté des conditions requises pour tous les contrats en général, chaque contrat en particulier exige, d'après sa notion même et la fin qu'il est destiné à réaliser, certains éléments, en l'absence desquels il est impossible d'en concevoir l'existence. C'est ainsi que le contrat de vente, par exemple, requiert, pour son existence comme tel, non-seulement le consentement des parties et une chose qui en forme l'objet, mais encore un prix déterminé en ar-

[9] Ainsi, nous n'expliquerons pas les contrats commerciaux, tels, par exemple, que le contrat de commission, le contrat de change, le prêt à la grosse, et le compte courant. Cpr. sur le compte courant : Noblet, *Du compte courant* ; Paris, 1848, broch. in-8 ; *Dissertation*, par Feitu, *Revue pratique*, 1864, XVIII, p. 337 ; 1865, XIX, p. 184 ; 1866, XXII, p. 500, et 1869, XXVIII, p. 321.

gent, et l'intention réciproque des parties de transférer et d'acquérir la propriété de cette chose.

Les éléments dont il vient d'être parlé sont, comme on le dit communément, de l'*essence* du contrat.

Aux choses qui sont de l'essence du contrat, on oppose celles qui sont de *sa nature* seulement, en ce sens que, bien que le contrat les comprenne de lui-même et de plein droit, les parties peuvent cependant les écarter par une convention contraire, sans que le contrat perde son caractère propre. Telle est la garantie en matière de vente. Art. 1626 et 1627.

Outre les choses qui sont, soit de l'essence, soit de la nature du contrat, il y en a qui, ne s'y trouvant pas comprises d'elles-mêmes, peuvent y être ajoutées par des conventions particulières. On les nomme *choses accidentelles* au contrat. Telle est la clause de garantie de la solvabilité du débiteur en matière de cession de créances. Art. 1694.

Les parties sont, en principe, libres de régler, comme elles le jugent convenable, les effets de leur contrat. Toutefois, il est certaines clauses que la loi prohibe, soit dans des vues d'intérêt public, soit pour protéger l'une des parties contre d'injustes exigences auxquelles les nécessités de sa position pourraient l'entraîner à consentir[1].

§ 343.

Du consentement, considéré comme élément de fait nécessaire à la formation du contrat.

1° Le consentement nécessaire à la formation d'une convention suppose tout à la fois, de la part de celui qui le donne, et l'intention de s'obliger ou de lier quelqu'un envers lui, et un développement intellectuel suffisant pour se rendre compte des conséquences que doit entraîner son acquiescement.

Une convention conclue, soit avec une personne qui n'y a consenti que par plaisanterie[1], soit avec un enfant encore privé de discernement[2], est à considérer comme non avenue.

[1] Cpr. 1° art. 530, 815 et 2220 ; 2° art. 1674, 1811, 1819, 2078 et 2088.

[1] Larombière, I, art. 1101, n° 4, et IV, art. 1304, n° 13. Zachariæ, § 343, texte n° 3.

[2] En déclarant simplement annulables ou rescindables les conventions passées par des mineurs, les art. 1124, 1125 et 1305 n'ont évidemment en vue que

Il devrait, en pure théorie, en être de même de la convention faite avec un individu qui se trouvait en démence ou dans un état complet d'ivresse. Mais notre Droit actuel, d'accord avec la doctrine de nos anciens auteurs[3], ne voit, en général, dans l'oblitération permanente ou passagère des facultés intellectuelles qu'un défaut de capacité ou un simple vice du consentement, qui n'empêche pas la formation même du contrat, et qui, faisant seulement obstacle à sa validité, ne donne lieu qu'à une action en nullité, exclusivement ouverte au profit de l'incapable, et soumise à la prescription établie par l'art. 1304. C'est ce qui ressort nettement, pour le cas de démence, des art. 503 et 504 du Code Napoléon, et surtout de l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés[4]. Le même principe doit, *a fortiori*, être admis pour le cas d'ivresse[5].

des mineurs qui, parvenus à l'âge de raison, ont du moins en fait la capacité nécessaire pour contracter. « *Sed quod diximus de pupillis, relique de iis rerum est* « *qui jam aliquem intellectum habent.* » § 10, *Inst. de inut. stip.* (3, 19). *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 323, n° 18). Proudhon, II, p. 452 à 455, Marcadé, sur l'art. 1108, n° 3. Larombière, I, art. 1124, n° 10. Colmet de Santerre, V, 39. Demolombe, XXIV, 80. Zachariæ, § 343 *a*, texte n° 2.

[3] Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. I, sect. V, n°s 2, 3, 4 et 16. Pothier, n°s 49 et 128.

[4] Duranton, III, 782. Larombière, I, art. 1124, n° 12 (cpr. cep. IV, art. 1304, n° 13). Lyon, 24 août 1831, Sir., 32, 2, 84. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1108, n° 3 ; Demolombe, XXIV, 81 ; Zachariæ, § 343, *a*, texte et note 9. D'après ces auteurs, la convention conclue avec un individu qui se trouvait, au moment de sa passation, en état de démence, serait à considérer, au point de vue même de notre Droit positif, non pas comme simplement annulable, mais comme non avenue. Cette opinion, inconciliable avec les dispositions des articles cités au texte, conduirait d'ailleurs à des conséquences évidemment inacceptables. Il en résulterait, en effet, qu'une personne, actionnée en exécution d'un contrat, serait admise à s'y soustraire, en prouvant que l'autre partie se trouvait en état de démence au moment de sa passation, et que l'interdit qui, après la levée de l'interdiction, n'a que dix ans pour arguer de nullité les actes par lui passés, serait de condition pire qu'un aliéné non interdit, qui pourrait à toute époque faire écarter les siens comme non avenus.

[5] Pothier, n° 49. Toullier, VI, 112. Duranton, X, 103. Larombière, I, art. 1124, n° 14. Chardon, *Du dol et de la fraude*, I, 88. Voy. en sens contraire : Marcadé et Demolombe, *locc. citt.*; Zachariæ, § 343 *a*, texte et note 8. Ces auteurs donnent, pour le cas d'ivresse, la même solution que pour celui de démence. Mais en allant jusque-là, comme ils sont obligés de le faire pour rester conséquents avec eux-mêmes, ils fournissent, à notre avis, la meilleure preuve

2° Tout contrat exige essentiellement le concours de deux ou de plusieurs déclarations de volonté, se manifestant d'un côté par une offre ou proposition, et de l'autre par son acceptation. Le consentement nécessaire à la formation d'un contrat doit donc être réciproquement donné par toutes les parties[6]. Si une offre faite à plusieurs personnes n'avait été acceptée que par quelques-unes d'entre elles, le contrat ne devrait, en général, être considéré comme formé, même au regard des acceptants, qu'autant qu'il résulterait de l'ensemble des circonstances que celui qui a fait l'offre et ceux qui l'ont acceptée ont entendu admettre des acceptations séparées et individuelles[7].

Le concours de volontés exigé pour la formation du contrat n'existe qu'à la condition que l'acceptation corresponde exactement aux termes de l'offre, soit quant à la chose qui en forme l'objet, soit quant à la nature de la convention qu'il s'agit de conclure, soit enfin quant aux modalités sous lesquelles l'offre peut avoir été faite ou acceptée. Le défaut d'accord des parties sur l'un ou l'autre de ces éléments ferait obstacle à la formation du contrat. C'est ainsi qu'il n'y aurait pas de contrat formé, s'il y avait eu malentendu ou erreur des parties sur l'identité même de la chose[8],

que leur système, quelque exact qu'il soit en pure théorie, est inapplicable en pratique. Ce système, au surplus, n'a jamais été présenté devant les tribunaux, qui n'ont été saisis, dans les différentes affaires jugées jusqu'à ce jour, que de la question de savoir si l'ivresse est ou non une cause de nullité des conventions, et qui, comme nous le faisons nous-même, l'ont décidé affirmativement. Voy. Colmar, 27 août 1819, Sir., 20, 2, 79; Angers, 12 décembre 1823, Sir., 24, 2, 140; Rouen, 1er mars 1825, Sir., 25, 2, 215; Rouen, 17 juin 1845, Sir., 46, 2, 535; Rennes, 14 juillet 1849, Sir., 50, 2, 36; Toulouse, 25 juillet 1863, Sir., 64, 2, 137.

[6] L'art. 1108, qui n'exige que le consentement de la partie qui s'oblige, est rédigé d'une manière inexacte. Voy. art. 932, al. 1. Pothier, n° 4. Toullier, VI, 24. Marcadé, sur l'art. 1108, n° 2. Larombière, I, art. 1101, n° 9. Demolombe, XXIV. Zachariæ, § 343 *a*, texte, *in principio*. Voy. aussi les arrêts cités à la note 52 du § 266.

[7] Toullier, VI, 24, à la note. Larombière, I, art. 1101, n° 10. Demolombe, XXIV, 48. Cpr. Civ. cass., 4 juillet 1810, Sir., 10, 1, 376.

[8] C'est ce malentendu que les jurisconsultes romains appellent *error in corpore (aliud pro alio)*. Il est très-important, en Droit français, de ne pas le confondre avec l'erreur sur la substance de la chose, dont il est question à l'art. 1110. Duranton, X, 114. Larombière, I, art. 1110, n° 2. Colmet de Santerre, V, 16. Demolombe, XXIV, 87.

ou si l'une d'elles ayant offert de vendre tel objet, l'autre avait déclaré vouloir le prendre à bail[9]. Il en serait de même, si l'acceptation d'une offre faite purement et simplement, n'avait eu lieu qu'à terme, sous condition, ou avec des modifications ou restrictions quelconques[10].

Une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée, tant qu'elle n'a pas été acceptée[11]. Il n'en est autrement que dans le cas où celui dont elle émane s'est expressément ou implicitement engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque, par exemple, en laissant à celui à qui elle a été faite, un délai déterminé pour l'accepter[12]. Et, dans ce cas-là même, on devrait reconnaître à l'auteur de la proposition la faculté de la révoquer, tant qu'elle ne serait pas parvenue à la connaissance de celui à qui elle avait été adressée[13].

Quant à l'acceptation, elle peut, en général, être donnée, tant que l'offre n'a pas été valablement rétractée. Cette règle reçoit une première exception, lorsque l'auteur de l'offre a fixé un délai pour son acceptation, auquel cas ce dernier se trouve dégagé par cela seul que son offre n'a pas été acceptée dans le délai fixé[14]. D'un autre côté, l'acceptation ne peut plus avoir lieu utilement après le décès de celui qui a fait l'offre, ou lorsqu'il a perdu, de fait ou de droit, la capacité nécessaire pour persévérer dans sa volonté[15]. Enfin, une offre ne peut, après le décès de celui à

[9] Larombière et Colmet de Santerre, *locc. citt.* Demolombe, XXIV, 52 et 125.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Vente, § 1, art. 3, n° 11 *bis*. Demolombe, XXIV, 52 et 53. Amiens, 11 mai 1854, Sir., 55, 2, 186.

[11] Zachariæ, § 343 *a*, texte et note 5. Civ. rej., 21 décembre 1846, Sir., 47, 1, 65. Req. rej., 16 avril 1861, Sir., 62, 1, 201.

[12] Toullier, VI, 30. Demolombe, XXIV, 65. Cpr. Zachariæ, § 343 *a*, note 5. Voy. en sens contraire : Olivier et Mourlon, *Commentaire de la loi du 21 mai* 1858, n° 285. Voy. aussi : Larombière, I, art. 1101, n° 14.

[13] Toullier, *loc. cit.* Duvergier, *De la vente*, I, 56 et 57. Demolombe, XXIV, 64. Cpr. Paris, 12 juin 1869, Sir., 69, 2, 287.

[14] Bruxelles, 25 février 1867, et Lyon, 25 juin 1867, Sir., 68, 2, 182 et 183.

[15] Pothier, *De la vente*, n° 32. Toullier, VI, 31. Duranton, XVI, 45. Duvergier, *De la vente*, I, 67. Troplong, *De la vente*, I, 27. Pardessus, *Droit commercial*, I, 250. Marcadé, sur l'art. 1108, n° 2. Demolombe, XXIV, 63 et 70. Zachariæ, § 343 *a*, note 2.

qui elle a été faite, être efficacement acceptée par ses héritiers[16].

Du reste, celui qui a accepté des offres dans l'ignorance de leur rétractation ou de leur anéantissement, et qui, par suite de cette acceptation, a fait des dépenses ou éprouvé des pertes, est en droit de réclamer des dommages-intérêts[17].

3° Le consentement n'est, en général, soumis, pour sa manifestation, à aucune formalité extrinsèque. Il peut être donné d'une manière expresse, par écrit, par paroles, ou par signes[18]. Il peut même résulter tacitement de faits ou d'actes qui le supposent ou l'indiquent d'une manière non équivoque[19]. Mais le seul silence de la personne à laquelle une offre a été faite, ne saurait, en principe, être considéré comme emportant acceptation de sa part[20].

La clause par laquelle les parties déclarent leur intention de faire convertir en acte notarié l'acte sous seing privé contenant leur convention, ou même de faire constater par écrit une convention purement verbale, ne fait pas dépendre la formation et l'efficacité du contrat de l'accomplissement de ces formalités, à moins qu'il ne résulte clairement des termes mêmes de cette déclaration, ou des circonstances, que telle a été l'intention des parties[21].

16 Toullier, VI, 31. Duvergier, *op. cit.*, I, 69. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, I, 187. Larombière, I, art. 1101, n° 20. Demolombe, XXIV, 69. Civ. cass., 20 juillet 1846, Sir., 46, 1, 875. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 45 ; Caen, 27 avril 1812, Sir., 12, 2, 294.

17 *Nemo ex alterius facto prægravari debet.* Pothier, *op. cit.*, n° 32. Larombière, I, art. 1101, n° 24. Demolombe, XXIV, 71.

18 C'est ainsi que le sourd-muet peut exprimer par signes, soit une offre, soit l'acceptation d'une offre. Voy. § 86, texte n° 3. Demolombe, XXIV, 55. Zachariæ, § 343 *a*, texte n° 1.

19 *Eadem vis est taciti atque expressi consensus.* Cpr. § 411, texte et note 1re. Demolombe, XXIV, 56. Zachariæ, *loc. cit.*

20 Thibaut, *System des Pandectenrechts*, I, § 138. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, III, § 132. Vening-Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, I, § 129. — Il en serait autrement si, eu égard à l'existence de relation d'affaires entre les parties et d'après les termes de l'offre, on devait regarder celui auquel elle a été faite comme valablement mis en demeure de s'expliquer. Demolombe, XXIV, 57 à 59. Bordeaux, 3 juin 1867, Sir., 68, 2, 183.

21 Les clauses de cette nature doivent en général être considérées comme ayant uniquement pour objet d'assurer la preuve de la convention à laquelle elles se rapportent. Pothier, n° 11. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, XIV, p. 142 et suiv., n° 5. Merlin, *Rép.*, v° Vente, § 1, art. 3, n° 7. Toullier

Le principe que la manifestation du consentement n'est soumise à aucune condition de forme, reçoit exception à l'égard des contrats solennels[22].

D'un autre côté, il est certaines conventions qui exigent, pour leur perfection, une déclaration de volonté expresse, c'est-à-dire plus formelle que pour les conventions en général[23].

L'acceptation rend le contrat parfait dès l'instant où elle a lieu, et non pas seulement à partir du moment où elle parvient à la connaissance de celui qui a fait l'offre. Il en est ainsi, non-seulement de l'acceptation tacite[24], mais encore de l'acceptation expresse, qui lie les deux parties dès le moment où elle est intervenue, alors du moins qu'elle a été annoncée par un moyen de communication ou de transmission qu'il n'était plus au pouvoir de l'acceptant d'arrêter ou d'anéantir[25]. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand une

VIII, 140. Duranton, X, 87, et XVI, 36. Troplong, *De la vente*, I, 19. Zachariæ, § 343, *a*, texte et note 7. Cpr. Civ. rej., 2 septembre 1806, Sir., 6, 1, 394; Colmar, 9 avril 1808, Sir., 10, 2, 549; Civ. cass., 21 octobre 1811, Sir., 12, 1, 229; Colmar, 15 janvier 1813, Sir., 14, 2, 295; Civ. cass., 6 septembre 1813, Sir., 15, 1, 295; Civ. rej., 12 novembre 1821, Sir., 22, 1, 148; Agen, 17 janvier 1824, Dalloz, 1825, 2, 34; Bourges, 20 août 1841, Sir., 42, 2, 68; Bourges, 17 mai 1842, Sir., 43, 2, 100; Riom, 9 mars 1844, Sir., 44, 2, 324. Voy. cep. Angers, 15 février 1866, Sir., 66, 2, 169. — M. Demolombe, (XXIV, 36), qui admet la proposition émise au texte en ce qui concerne la clause relative à la conversion en un acte authenthique de l'acte sous seing privé constatant un contrat, pense que lorsque les parties, en traitant verbalement, conviennent de consigner leur convention dans un acte instrumentaire, on doit de préférence présumer qu'elles ont entendu en subordonner la perfection à sa constatation par écrit. Cette opinion ne nous paraît pas exacte en principe. Nous reconnaissons toutefois qu'on peut plus facilement admettre l'existence d'un simple projet, lorsque tout s'est passé verbalement entre les parties, que dans le cas où elles ont constaté leur convention par un acte sous seing privé, destiné à être converti en acte authentique.

[22] Voy. art. 931, 1250, n° 2, 1394, et 2127. Voy. aussi : Code de commerce, art. 42, *in fine*, et art. 195 ; Loi du 5 juillet 1844, art. 20, al. 1.

[23] Voy. art. 1250, n° 1, 1275, 1907 et 2015.

[24] Art. 1121 et 1985, et arg. de ces articles.

[25] Pothier, *De la vente*, n° 32. Duranton, XVI, 45. Duvergier, *De la vente*, I, 58. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, I, 189. Marcadé, sur l'art. 1108, n° 2. Demolombe, XXIV, 72 à 75. Zachariæ, § 343 *a*, note 4. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Vente, § 1, art. 3, n° 11 ; Toullier, VI, 29; Troplong, *De la vente*, I, 24; Pardessus, *Cours de droit commercial*, I, 250; Larombière, I, art. 1101, n°s 19 et 21; Bourges, 19 janvier

offre a été acceptée au moyen d'une lettre déposée à la poste, ou d'un télégramme [26].

§ 343 *bis*.

Continuation. — Des vices du consentement.

Il ne suffit pas, pour la validité d'un contrat, que le consentement réciproque des parties soit à considérer comme existant, d'après les explications données au paragraphe précédent ; il faut de plus qu'il ne soit pas le résultat d'une erreur [1], et qu'il n'ait

1866, Sir., 66, 2, 218; Bruxelles, 27 février 1867, Sir., 68, 2, 182. Cpr. aussi : Paris, 17 avril 1852, Sir., 52, 2, 205; Paris, 8 mars 1865, Sir., 66, 2, 145: Req. rej., 6 août 1867, Sir., 67, 1, 400. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, que l'acceptation n'est qu'un *propositum in mente retentum*, qui ne saurait lier l'auteur de l'offre, tant qu'il n'a pas obtenu connaissance. Cette observation et la conclusion qu'on en tire nous paraissent trop absolues. Nous reconnaissons qu'une acceptation, manifestée dans une forme qui laisse à celui qui l'a donnée le pouvoir d'en effacer toutes les traces, ne suffit pas plus qu'une acceptation purement mentale, pour lier l'auteur de l'offre. Mais il doit en être tout autrement, lorsque l'acceptation a été annoncée par un moyen de communication qu'il ne dépendait plus de l'acceptant de retirer ou d'arrêter. Quant à l'argument que l'on prétend tirer de l'art. 932, al. 2, il n'est rien moins que concluant. La disposition de cet article, spéciale aux donations entre-vifs, ne doit pas être étendue à des contrats qui, à la différence des donations, n'exigent pour leur perfection que le consentement réciproque des parties. Or, le concours de la volonté des parties se réalise par le fait même de l'acceptation, et suffit ainsi, en principe, pour former le contrat, sans qu'il soit nécessaire que celui qui a fait l'offre en ait obtenu connaissance. Il en est incontestablement ainsi de l'acceptation tacite, et la logique veut que, sous la restriction indiquée au texte, la même solution soit appliquée à l'acceptation expresse.

[26] Une lettre mise à la poste est la propriété du destinataire. L'administration des postes fait, en ce qui concerne la réception des lettres et leur remise aux destinataires, office de mandataire pour le public. Cpr. L. 65, D. *de acq. rer. dom.* (41, 1). Demolombe, XXIV, 73. Hepp, *De la correspondance privée, postale ou télégraphique*, n°s 106 et suiv.

[1] Les art. 1109 et 1117 placent l'erreur sur la même ligne que la violence et le dol. Cette assimilation n'est cependant pas rigoureusement exacte. Le dol et la violence vicient bien le consentement, mais ils n'empêchent pas qu'il n'existe de fait ; l'erreur, au contraire, peut être de telle nature qu'elle exclue de fait tout consentement : *Non videntur, qui errant, consentire.* L. 116, § 2, D. *de R. J.* (50, 17). L. 57, D. *de obl. et act.* (44, 7). Il en résulte, qu'en pure théorie, toute convention qui est le résultat d'une erreur, devrait être réputée non avenue. Mais il importait, pour les besoins de la pratique, de préci-

été obtenu, ni par violence, ni par dol. Quand le consentement des parties ou de l'une d'elles se trouve entaché de l'un de ces vices, le contrat, quoique existant de fait, est susceptible d'être annulé d'après les règles et les distinctions suivantes.

1° *De l'erreur.*

L'erreur n'est une cause de nullité de la convention qu'autant qu'il est certain, d'après sa nature même, que les parties ou l'une d'elles ne se seraient pas obligées, si elles avaient connu le véritable état des choses. Pour l'application de ce principe, il convient de distinguer l'erreur relative à la chose qui forme l'objet de la convention, l'erreur sur la personne de l'un des contractants, l'erreur touchant la cause de l'engagement contracté, et celle enfin qui porte sur les motifs occasionnels du contrat.

Aux termes de l'art. 1110, l'erreur relative à la chose qui forme l'objet de la convention n'est par elle-même, et indépendamment de toute autre circonstance ou condition, une cause de nullité du contrat, que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose.

Par *substance de la chose,* on doit entendre, non-seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique, et la distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce.

Quant à l'erreur portant sur l'origine, sur l'ancienneté, ou sur telle ou telle autre qualité plus ou moins importante de la chose, elle ne vicie point le contrat, à moins que les parties ayant traité en vue d'une pareille qualité, indiquée ou précisée, elle ne soit devenue une condition de la convention [2]. C'est ainsi que la vente

ser les circonstances dans lesquelles l'erreur se trouverait avoir de fait déterminé la convention ; et la vérification de ces circonstances nécessitant une instruction judiciaire, on comprend que les rédacteurs du Code Napoléon aient été amenés à envisager la convention conclue par suite d'une erreur, comme simplement sujette à annulation, et non comme inexistante. C'est ce que n'a pas remarqué Zachariæ, qui semble considérer l'erreur, même au point de vue de notre Droit positif, non pas comme une simple cause de nullité, mais comme faisant obstacle à la formation du contrat. Voy. § 343, *a*, texte n° 4.

[2] Savigny, *System des römischen Rechts*. Toullier, VI, 55. Duranton, X, 114 et 116. Troplong, *De la vente*, I, 15, et II, 55. Duvergier, *De la vente*, I, 390. Larombière, I, art. 1110, n° 3. Req. rej., 29 mai 1865, Sir., 65, 1, 315. Civ. rej., 24 juin 1867, Sir., 67, 1, 393. D'après une autre opinion, les mots *substance de la chose*, employés par le législateur dans l'art. 1110 devraient s'entendre

d'un tableau que l'acheteur supposait être de tel maître, ou de monnaies qu'il regardait comme anciennes, devrait, malgré son erreur, être maintenue, si les parties ne s'étaient point expliquées sur ces qualités, et que le vendeur n'eût pas à se reprocher un déguisement frauduleux de la vérité [3].

L'erreur qui tombe sur la personne avec laquelle on a entendu contracter, n'est pas une cause de nullité, à moins que la considération de cette personne ne soit le motif principal ou déterminant de la convention. Art 1110, al. 2. Il appartient au juge de décider, d'après la nature du contrat et les circonstances particulières du fait, si cette condition se rencontre ou non [4].

Quoique la loi ne mentionne, comme pouvant motiver l'annulation d'une convention, que l'erreur sur la chose ou sur la personne, on doit attribuer le même effet à l'erreur sur l'efficacité juridique de la cause de l'engagement contracté par l'une des parties [5].

non-seulement de ses éléments matériels, et des propriétés qui en déterminent la nature spécifique, mais encore de toutes les qualités qui *individualisent* une chose, et notamment de celles qui tiennent à son origine ou à son ancienneté. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 1110, n[os] 2 et 3 ; Colmet de Santerre, V, 16 *bis*, II ; Demolombe, XXIV, 91, et 100 à 102. Cette manière de voir, qui conduit ces auteurs à décider, que l'erreur sur l'une ou l'autre de ces qualités doit, comme l'erreur sur la substance même de la chose, entraîner la nullité de la convention, par cela seul qu'elle a existé dans l'esprit de l'un des contractants, et malgré l'entière bonne foi de l'autre, ne nous paraît pas devoir être suivie. Elle est, à notre avis, incompatible avec l'esprit de restriction dans lequel a été rédigé l'art. 1110, qui n'a pu employer les termes *substance même de la chose*, que par opposition aux simples *qualités*, et qui, par cela même, indique qu'une erreur sur une qualité, quelque importante qu'elle soit au point de vue de la valeur de la chose, ne suffit point pour faire annuler la convention. Cpr. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 319, n° 10).

[3] Paris, 7 juin 1813, Sir., 14, 2, 85. Douai, 27 mai 1844, Sir., 46, 2, 501. Cpr. Paris, 9 janvier 1849, Sir., 49, 2, 80 ; Paris, 29 mars 1856, Sir., 56, 2, 304 ; Req. rej., 13 janvier 1864, Sir., 64, 1, 93.

[4] Ce n'est là, en effet, qu'une question de fait, qui reste comme telle abandonnée à l'arbitrage du juge. Cpr. Demolombe, XXIV, 109 à 119.

[5] Telle serait l'erreur d'une personne qui s'engagerait, par voie de novation, à payer une dette simplement naturelle, dans la fausse croyance qu'elle est civilement efficace. Il faut bien se garder de confondre, comme on le fait souvent, l'erreur qui ne porte que sur le caractère d'une cause d'obligation existant d'ailleurs en fait, avec l'erreur qui tombe sur l'existence même de la cause. La première rend l'obligation simplement annulable, et rentre sous l'application des

Enfin, l'erreur relative seulement aux motifs occasionnels ou de circonstance, qui ont pu porter les parties ou l'une d'elles à contracter, n'est une cause de nullité que dans le cas où, d'après leur intention commune, la réalité de ces motifs constitue une condition à laquelle elles ont entendu subordonner la formation ou l'exécution de la convention [6].

Sous les conditions précédemment indiquées, l'erreur de droit peut, en règle générale, donner lieu, comme l'erreur de fait, à l'annulation du contrat [7]. Il suffit, d'un autre côté, que l'erreur ait existé dans l'esprit de l'une des parties, pour autoriser celle-ci à faire annuler le contrat [8].

Du reste, si l'annulation d'un contrat, provoquée pour cause d'erreur par l'une des parties, occasionne à l'autre une perte, celle-ci a droit à des dommages-intérêts, pourvu qu'elle ait été de bonne foi [9].

2° *De la violence.*

Tout contrat est sujet à annulation, lorsque l'une des parties a été contrainte de donner son consentement par des violences phy-

art. 1109, 1117, 1304 et 1338; tandis que la seconde est régie par l'art. 1131, aux termes duquel l'obligation doit être réputée non-avenue. C'est ce qui arriverait, par exemple, si un héritier *ab intestat* s'était obligé à payer un legs contenu dans un testament qui se trouvait, à son insu, révoqué par un testament postérieur, ou si l'on avait admis à un partage de succession, une personne qui n'avait pas qualité pour y prendre part. C'est évidemment à tort que, dans la dernière de ces hypothèses, la cour de Besançon (1er mars 1827, Sir., 27, 2, 141), a admis la prescription de 10 ans.

[6] *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu, *op. et loc. citt.* Pothier, n° 20. Colmet de Santerre, V, n° 18. Demolombe, XXIV, 127.

[7] Cpr. § 28. Merlin, *Rép.*, v° Testament, sect. II, § 5. Delvincourt, II, p. 461. Toullier, VI, 58. Duranton, X, 127. Solon, I, 196 et suiv. Marcadé, sur les art. 1376 et 1377. Mourlon, *Revue pratique*, 1864, XVIII, p. 198. Larombière, I, art. 1110, n° 22. Demolombe, XXIV, 129. Zachariæ, § 343 *a*, note 11. Metz, 28 novembre 1817, Sir., 19, 2, 142. Toulouse, 19 janvier 1824, Sir., 24, 2, 115. Grenoble, 24 juillet 1830, Sir., 31, 2, 35. Limoges, 8 décembre 1837, Sir., 39, 2, 27. Civ. rej., 12 mars 1845, Sir., 45, 1, 524.

[8] Demolombe, XXIV, 100 et 101. Voy. cep. Larombière, I, art. 1110, n° 3.

[9] Arg. art. 1382. *Nemo ex facto alterius prægravari debet.* Pothier, *De la vente*, n° 19. Toullier, VI, 53. Duranton, X, 119. Larombière, I, sur l'art. 1110, n° 12. Colmet de Santerre, V, n°s 16 *bis*. Demolombe, XXIV, 103 et 113.

siques, ou par des menaces [10], assez graves pour lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et imminent [11]. Art. 1109 et 1112, al. 1.

La violence ne vicie le consentement qu'autant qu'elle est illégitime ou abusive. Les voies de droit employées par l'une des parties contre l'autre, telles que l'exercice de la contrainte par corps ou d'une saisie, et le dépôt d'une plainte dans le but de provoquer une instruction criminelle, ne constituent pas par elles-mêmes la violence dans le sens de la loi, et ne peuvent, en principe, motiver l'annulation de la convention qui en a été la suite.

Il en est de même de la menace de recourir à de pareilles voies, et en particulier de la menace de dénonciation pour crime ou délit [12]. Toutefois, si l'emploi ou la menace d'emploi d'une voie

[10] On entend par violence en matière de convention, la contrainte exercée sur une personne afin de lui extorquer son consentement. Cette contrainte peut être physique ou morale, c'est-à-dire, qu'elle peut résulter de l'emploi de moyens moraux d'intimidation, tout aussi bien que de l'usage de moyens matériels. Au fond, c'est plutôt la crainte inspirée par la violence, que la violence elle-même. qui vicie le consentement. Voy. L. 1, D. *quod metus causa* (4, 2). Bruxelles, 22 août 1808, Sir., 10, 2, 529.

[11] L'art. 1112, al. 1er, dit : « à un mal considérable et *présent.* » Mais il n'est évidemment pas indispensable, pour que des menaces vicient le consentement, qu'elles doivent se réaliser à l'instant même ; il suffit qu'elles inspirent actuellement à la personne à laquelle elles sont faites, une crainte assez intense pour la déterminer à contracter. Ainsi, par exemple, des menaces d'incendie peuvent vicier le consentement, quoique l'effet en doive, d'après leur nature même, rester suspendu pendant un certain temps. On est, en rédigeant l'art. 1112, parti de l'idée, que des menaces qui ne doivent se réaliser que dans un avenir plus ou moins éloigné, ne sont pas de nature à produire sur l'esprit de celui à qui elles sont faites une impression assez forte pour le décider à s'en rédimer au moyen d'un sacrifice. Cette idée est vraie en général ; mais elle a été formulée d'une manière inexacte ou trop absolue. La substitution de l'adjectif *imminent* à l'adjectif *présent*, nous paraît exprimer la véritable pensée du législateur. Cpr. LL. 1 et 9. D. *quod metus causa* (4, 2). Toullier, VI, 79. Duranton, X, 251. Larombière, I, art. 1112, n° 7. Colmet de Santerre, V, n° 22 *bis*, II. Demolombe, XXIV, 139. Voy. cep. Pothier, *De la vente*, n° 23 ; Favard, *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XII, p. 424, n° 11).

[12] Pothier, *op. cit.*, n° 26. Merlin, *Quest.*, v° Crainte, § 2. Duranton, X, 143. Demolombe, XXIV, 147. Zachariæ, § 343 *b*, note 2. Paris, 12 février 1806, Sir., 6, 2, 243. Douai, 21 juillet 1835, Sir., 35, 2, 224. — Du reste, si les conventions passées dans les circonstances indiquées au texte ne peuvent point, en général, être annulées pour cause de violence, il arrive souvent qu'elles ne

de droit avait été en fait, pour l'un des contractants, un moyen d'intimidation mis en œuvre dans le but abusif d'arracher à l'autre des avantages excessifs, la contrainte morale qui en est résultée, pourrait être reconnue suffisante pour motiver l'annulation du contrat [13].

La violence exercée contre le conjoint, les descendants, ou les ascendants [14] de l'une des parties, peut motiver l'annulation du contrat, comme celle qui est employée contre la partie elle-même. Art. 1113. Il est indifférent, d'un autre côté, que la violence ait été exercée par la partie au profit de laquelle la convention a été faite, ou qu'elle l'ait été par un tiers, sans la participation ou à l'insu même de cette partie. Art. 1111.

Un contrat ne peut être annulé pour cause de violence, que lorsque le consentement de la partie qui l'attaque, lui a été extorqué sous l'influence directe et déterminante de la crainte dont-elle était saisie [15]. Il appartient au juge d'apprécier, eu égard à l'âge de la personne, à son sexe, à sa condition, et aux circonstances dans lesquelles la convention a été conclue, si les violences ou menaces employées étaient de nature à lui inspirer une crainte sérieuse,

---

trouvent destituées de cause licite, et qu'elles doivent pour cette raison être déclarées non avenues. Cpr. Req. rej., 17 mars 1813, Sir., 13, 1, 262.

[13] La règle précédemment posée ne peut avoir un caractère absolu : il y a toujours à examiner en fait si le créancier n'a fait qu'user régulièrement de son droit, ou s'il en a abusé. Duranton, X, 144 et 145. Larombière, I, art. 112, n° 10. Colmet de Santerre, V, n° 22 *bis*, III. Demolombe, XXIV, 148 et 149. Req. rej., 17 novembre 1865, Sir., 65, 1, 39[illegible]. Crim. rej., 24 février 1866, Sir., 66, 1, 309.

[14] Ces termes comprennent les enfants naturels reconnus et leurs pères et mères. Delvincourt, II, p. 462. Duranton, X, 152. Zachariæ, § 343 *b*, note 3. Nous admettons même, contrairement à l'opinion de Delvincourt et de Duranton (*locc. citt.*), qu'ils doivent également s'appliquer à l'adoptant et à l'adopté. Voy. en ce sens : Larombière, I, art. 1113, n° 16 ; Colmet de Santerre, V, 23 *bis* ; Demolombe, XXIV, 161 et 162. Mais ces derniers auteurs vont plus loin encore, et enseignent que la violence exercée contre un parent collatéral éloigné, contre un ami, ou même contre un étranger, peut, selon les circonstances, motiver l'annulation d'une convention. Nous ne saurions donner notre adhésion à cette opinion. A notre avis, l'art. 1113 doit, d'après sa rédaction, aussi bien que d'après la nature même de sa disposition, être considéré comme limitatif, et non point comme simplement démonstratif. Voy. en ce sens : Delvincourt et Duranton, *locc. citt.*

[15] Dijon, 24 mai 1865, Sir., 66, 2, 64.

assez grave pour lui ôter toute liberté de volonté, et pour la décider à donner un consentement que, dans toute autre situation. elle n'eût point donné[16]. Art. 1112, al. 2.

La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, un ascendant, ou envers quelque autre personne à qui on doit de la déférence[17], ne suffit pas pour invalider le consentement donné sous l'empire de ce sentiment. Art. 1114. Mais si, à la crainte révérentielle, était venue se joindre l'intimidation résultant de menaces, le contrat serait susceptible d'être annulé, bien que par elles-mêmes les menaces n'eussent pas un caractère de gravité suffisant pour invalider le consentement. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le père, pour décider le fils à consentir à un contrat, l'avait menacé de vendre tous ses biens à fonds perdu[18].

3° *Du dol.*

Tout contrat est susceptible d'être annulé, lorsque le consentement de l'une des parties a été surpris par dol. Art. 1109. Il en est ainsi, même des conventions matrimoniales[19].

On entend par dol, en matière de conventions, toute espèce de manœuvres, de ruses, ou d'artifices, employés par une personne pour en tromper une autre[20].

16 La proposition telle qu'elle est formulée au texte, nous paraît exprimer, d'une manière exacte et complète, le sens de l'art. 1112, dont la rédaction présente, en apparence du moins, quelque chose d'incohérent et même de contradictoire, en ce que cet article, après avoir dit, « il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une *personne raisonnable,* » ce qui semble indiquer un *criterium* absolu ou *in abstracto,* ajoute, que la question doit être appréciée d'une manière relative aux personnes et aux circonstances. Cpr. *Exposé de motifs,* par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 319 et 320, n° 21); Colmet de Santerre, V, n° 22 *bis,* I; Demolombe, XXIV, 135 à 137.

17 Quoique l'art. 1114 ne parle expressément que de la crainte révérentielle envers les parents ou ascendants, il n'est pas douteux que la règle qu'il énonce, ne s'applique à toutes les situations dans lesquelles une personne doit respect et soumission à une autre. Pothier, *De la vente,* n° 27. Duranton, X, 155 et 156. Demolombe, XXIV, 154 et 155. Zachariæ, § 243 *b,* note 1re.

18 Toullier, VI, 80. Duranton, X, 154. Larombière, I, art. 1114, n° 14. Demolombe, XXIV, 153.

19 Req. rej., 2 mars 1852, Sir., 52, 1, 262.

20 *Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.....* dit Labéon, dans la loi 1re, § 2, D. *de dolo malo* (4, 3).

Le dol ne devient une cause de nullité de la convention qu'autant que les manœuvres pratiquées envers l'une des parties ont été telles, qu'il est évident que sans ces manœuvres elle n'aurait pas contracté. *Dolus causam dans contractui.* Art. 1116.

Le dol simplement incident (*Dolus incidens*), c'est-à-dire celui qui, pratiqué dans le cours d'une négociation déjà entamée, n'a pas fait naître chez l'une des parties l'intention de contracter, et n'a eu pour résultat que de l'amener à accepter des conditions plus désavantageuses, n'est pas, en général, une cause de nullité de la convention [21]. Mais il donne ouverture à une action en dommages-intérêts contre l'auteur ou la complice du dol [22].

Le fait de l'un des contractants de dissimuler ou d'atténuer les défauts de la chose qui doit faire l'objet de la convention, ou de lui attribuer des qualités qu'elle n'a pas, ne constitue pas un dol, même simplement incident, de nature à motiver une demande en dommages-intérêts, si ce fait n'a été accompagné, ni de moyens frauduleux employés pour induire l'autre partie en erreur, ou pour l'empêcher d'examiner la chose, ni d'affirmations précises présentant un caractère exceptionnel de tromperie [23].

La doctrine du Droit romain, qui accordait, en certains cas, l'exception *doli mali* contre des demandes entachées de déloyauté (*Dolus re ipsa*), par exemple, contre la demande tendant à l'exécution d'une convention à laquelle le défendeur n'avait été amené à consentir que sous l'influence du dol pratiqué par un tiers [24], ne peut plus être admise dans notre Droit, en présence de l'art. 1116 [25].

[21] Toullier, VI, 91. Duranton, X, 170 et suiv. Larombière, I, art. 1116, n° 3. Colmet de Santerre, V, 26. Demolombe, XXIV, 175 et 176. Zachariæ, § 343 *b*, note 7.

[22] Art. 1382. L. 13, §§ 4 et 5, D. *de act. empt. vend.* (19, 1). Pothier, n° 31. Larombière, *loc. cit.* Colmet de Santerre, V, n° 26 *bis*, I. Demolombe, XXIV, 177. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. Civ. rej., 31 janvier 1853, Sir., 53, 1, 349.

[23] Sous le bénéfice de ces réserves ou restrictions, il est permis de dire : *In venditionibus et locationibus licet se invicem circumscribere.* L. 16, § 4, D. *de minor. 25 annis* (4, 4). L. 22, D. *loc. cond.* (19, 2). L. 8, C. *de rescind. vend.* (4, 44). Pothier, *De la vente*, n° 20. Larombière, I, art. 1116, n° 5. Demolombe, XXIV, 178. Cpr. Civ. rej., 31 janvier 1853, Sir., 53, 1, 349 ; Req. rej., 14 juillet 1862, Sir., 62, 1, 849 : Req. rej., 12 janvier 1863, Sir., 63, 1, 249.

[24] Voy. L. 2, § 5, D. *de doli mali excep.* (44, 5) ; L. 36, D. *de verb. obl.* (45, 1) ; Pothier, n° 31.

[25] Cpr. Duranton, X, 179 : Demolombe, XXIV, 170 ; Zachariæ, § 344 *b*, texte et note 5.

Un contrat n'est pas annulable, par cela seul que le consentement de l'une des parties a été surpris par dol : il faut de plus que les manœuvres qui l'ont amené à contracter aient été pratiquées par l'autre partie, ou du moins que celle-ci y ait participé directement ou indirectement. Art. 1116 [26].

La partie qui, malgré la connaissance des manœuvres pratiquées par un tiers pour déterminer l'autre partie à contracter, n'en a pas averti cette dernière, doit être considérée comme y ayant participé [27].

Le dol commis par le mandataire, conventionnel ou légal, de l'une des parties, par exemple, par son tuteur, est, en ce qui concerne la recevabilité de l'action en nullité, censé avoir été commis par la partie elle-même [28].

Les manœuvres par lesquelles un tiers aurait déterminé l'une des parties à contracter, et auxquelles l'autre partie est restée étrangère, ne peuvent motiver une demande en nullité du contrat, et ne donnent ouverture qu'à une action en dommages-intérêts contre ce tiers [29].

[26] La disposition spéciale de cet article ne s'applique, d'après son texte même, qu'aux actes juridiques dans lesquels figurent deux parties. En matière d'acceptation ou de répudiation de succession ou de communauté, de testament, et de reconnaissance d'enfant naturel, le dol peut devenir une cause de nullité, bien qu'il n'ait pas été pratiqué par les personnes le plus directement intéressées à provoquer de pareils actes. Cpr. § 611, texte n° 4, lett. *b* ; § 613, texte n° 4, lett. *b* : § 517, texte n° 4 ; § 568, texte n° 3 ; § 654.

[27] Duranton, X, 177 et 178. Larombière, I, art. 1116, n° 8. Demolombe, XXIV, 186. Cpr. Req. rej., 5 décembre 1838, Sir., 38, 1, 951.

[28] Nous disons, *en ce qui concerne la recevabilité de l'action en nullité*, car la partie représentée par un mandataire, ne serait pas responsable des dommages-intérêts, à raison du dol commis par ce dernier. Cpr. L. 15, D. *de dolo malo* (4, 3) ; § 115, texte et note 9. Duranton, X, 186. Larombière, I, art. 1116, n° 10. Demolombe, XXIV, 187. Zachariæ, § 844 *b*, note 5.

[29] L. 14, § 3, D. *quod metus causa* (4, 2). La différence qui existe, sous ce rapport, entre le dol et la violence, peut jusqu'à un certain point s'expliquer par le caractère différent de ces faits, et par la nécessité de protéger les personnes, d'une manière plus efficace, contre des actes de violence auxquels on ne peut pas se soustraire, et dont on ne connaît pas toujours l'auteur, que contre de simples manœuvres qu'il est possible de découvrir ou de déjouer, et dont les agents d'ailleurs sont connus. Nous ferons toutefois remarquer que, tout en croyant rester fidèles à la doctrine du Droit romain, les rédacteurs du Code Napoléon s'en sont cependant écartés, en rejetant virtuellement l'exception *doli mali*, que les lois

Quoique le dol ne vicie le consentement que par l'effet de l'erreur qu'il produit, il n'en constitue pas moins, sous les conditions qui viennent d'être expliquées, une cause de nullité distincte de l'erreur, en ce que le contrat est susceptible d'être annulé, quoique l'erreur que le dol a fait naître, ne portant que sur de simples qualités de la chose, ou sur les motifs de circonstance qui ont déterminé l'une des parties à contracter. ne soit pas elle-même de nature à invalider la convention [30].

Le dol ne se suppose pas: il doit être clairement établi. Art. 1116, al. 2. Mais, quelles que soient la nature de la convention arguée de nullité, et la forme de l'acte qui la constate, le dol est toujours susceptible de se prouver, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit, par témoins ou à l'aide de simples présomptions. Art. 1353.

Il appartient au juge d'apprécier souverainement la pertinence et la gravité des faits allégués comme constitutifs du dol, et surtout le point de savoir si les manœuvres pratiquées ont été la cause déterminante du contrat. Mais l'appréciation du caractère, au point de vue légal, des moyens employés par l'une des parties, comme formant ou non des manœuvres illicites, tombe sous la censure de la cour de cassation. D'un autre côté, le jugement qui aurait annulé un contrat pour cause de dol, serait sujet à cassation, s'il n'avait pas déclaré que le consentement de l'une des parties a été surpris à l'aide de manœuvres pratiquées par l'autre partie, ou auxquelles celle-ci a participé [31].

La lésion, c'est-à-dire le préjudice qui, dans les contrats commutatifs, résulte pour l'une des parties, de la différence existant entre la valeur de la prestation à laquelle elle s'oblige, et la valeur de ce qu'elle doit recevoir en retour, ne constitue pas un vice du consentement, ni par suite une cause de nullité [32]. Mais, dans cer-

romaines accordaient notamment dans l'hypothèse où le dol avait été pratiqué par un tiers. Voy. L. 36, D. *de verb. oblig.* (45, 1); texte, notes 24 et 25 *supra*. Cpr. Duranton, X, 176; Marcadé, sur l'art. 1116, n° 1; Larombière, I, art. 1116, n° 8; Demante et Colmet de Santerre, V, 26, 27 et 28; Demolombe, XXIV, 184; Zachariæ, § 344 *b*, texte et note.

[30] Demolombe, XXIV, 181. Zachariæ, § 343 *b*, texte et note 7.

[31] Cpr. sur ces différentes propositions: Duranton, X, 168 et 184; Demolombe, XXIV, 174; Civ. cass., 4 juin 1810, Sir., 10, 1, 377; Civ. cass., 8 février 1832, Sir., 32, 1, 184; Req. rej., 5 décembre 1838, Sir., 38, 1, 951.

[32] Arg. art. 1109. Demolombe, XXIV, 191.

tains contrats, ou à l'égard de certaines personnes, la lésion peut donner lieu à la rescision de la convention. Art. 1118.

La distinction entre les actions en nullité ou en rescision des conventions, les règles qui les régisssent, et leurs effets, soit entre les parties, soit à l'égard du tiers, ont été exposées aux §§ 332 à 339.

§ 343 *ter*.

Continuation. — Des promesses et des stipulations pour autrui.

La volonté de s'engager envers quelqu'un, ou d'obliger quelqu'un envers soi, étant un acte essentiellement personnel, on ne peut, en général, ni promettre le fait d'un tiers, ni stipuler, en son propre nom, pour autrui. Art. 1119 [1]. L'acceptation d'une pareille promesse, ou l'engagement pris à la suite d'une pareille stipulation, est, en général, inefficace à former un lien contractuel.

Il en est cependant autrement, lorsqu'en promettant le fait d'un tiers, on promet en même temps son propre fait, ou qu'en stipulant pour un tiers, on a soi-même un intérêt, appréciable en argent, à l'exécution de l'engagement pris par l'autre partie [2].

Rien n'empêche d'ailleurs qu'on ne puisse, en qualité de représentant légal d'une personne, de mandataire, ou même de simple *negotiorum gestor*, promettre le fait d'un tiers, ou stipuler pour son compte.

Il convient d'expliquer séparément les deux règles posées par l'art. 1119, avec les modifications dont chacune d'elles est susceptible.

[1] *De se quemque promittere oportet.* L. 83, D. *de verb. obl.* (45, 1). *Alteri stipulari nemo potest* §§, 4 et 19, *Inst. de inut. stip.* (3, 19). — M. Demolombe (XXIV, 205) pense que la première de ces règles ne trouve pas, comme la seconde, sa justification dans les principes généraux du Droit, et qu'il faut en chercher l'explication dans le formalisme qui caractérisait le Droit romain, surtout en matière de stipulations. Cette manière de voir ne nous paraît pas tout à fait exacte. En supposant, en effet, comme on doit le faire pour apprécier la règle au point de vue théorique, que celui qui a promis le fait d'un tiers, n'a eu aucune intention de s'obliger lui-même, la promesse sera certainement *inutile* de sa nature, et ne pourra servir de point de départ à la formation d'un contrat. Ce qui est vrai, c'est que, d'après l'esprit de notre Droit, l'intention de s'obliger personnellement se présume assez facilement de la part de celui qui promet le fait d'un tiers, et qu'ainsi la règle dont il s'agit a bien moins d'importance aujourd'hui qu'elle n'en avait en Droit romain.

[2] Cpr. §§ 3 et 20, *Inst. de inut. stip.* (3, 19).

1° *Des promesses pour autrui.*

La promesse pour autrui, faite par une personne en son propre nom, n'engage, ni le tiers dont le fait a été promis, ni le promettant lui-même, à moins que celui-ci ne se soit porté fort pour ce tiers, ou qu'il ne se soit engagé à rapporter sa ratification[3]. Art. 1120.

L'intention de se porter fort pour un tiers dont on promet le fait n'a pas besoin d'être formellement exprimée : elle peut s'induire des circonstances, et même se présumer assez facilement[4]. Elle résulterait d'ailleurs nécessairement de l'addition d'une clause pénale, stipulée pour le cas où le tiers refuserait de ratifier ou d'exécuter l'engagement[5].

On peut se porter fort pour une personne incapable de s'obliger[6], et pour l'accomplissement de toute espèce de faits susceptibles de former l'objet d'une convention[7].

L'engagement de porte-fort, ou la promesse de faire ratifier, constitue, non point une obligation accessoire de cautionnement ou

[3] On peut distinguer, comme le fait l'art. 1120, l'engagement de procurer de la part du tiers dont on a promis le fait, la déclaration qu'il exécutera l'obligation contractée à sa charge, et l'engagement de faire ratifier par lui une convention antérieure ou un acte quelconque. Mais, au fond, ce dernier engagement constitue, comme le premier, un engagement de porte-fort ; et, d'un autre côté, la déclaration du tiers qu'il entend exécuter l'obligation contractée à sa charge, est une ratification de ce qui a été promis.

[4] Pothier, n° 56. Toullier, VI, 136. Duranton, X, 209. Larombière, I, art. 1120, n° 2. Zachariæ, § 346, note 8. On va trop loin, à notre avis, quand on dit que la promesse du fait d'un tiers, implique virtuellement ou tacitement un engagement personnel de la part du promettant. C'est ainsi que nous n'admettrions pas que la vente d'une chose indivise, passée par quelques-uns des copropriétaires, tant en leur nom qu'au nom de leurs copropriétaires, mineurs ou absents, emporte virtuellement de leur part l'engagement de la faire ratifier par ces derniers. Nous ne saurions donc nous associer au reproche que certains auteurs font aux rédacteurs du Code, d'avoir reproduit une règle devenue sans objet, ou sans application possible, dans notre Droit moderne. Voy. Ortolan, *Institutes*, §§ 3 et 4, *de inut. stip.* ; Marcadé, sur l'art 1119, n° 1 ; Colmet de Santerre, V, 31 *bis*, III ; Demolombe, XXIV, 209.

[5] L. 38, § 2, D. *de verb. obl.* (45, 1). Pothier, n° 56. Zachariæ, *loc. cit.*

[6] Zachariæ, *loc. cit.* Civ. cass., 1er mai 1815, Sir., 15, 1, 279.

[7] Demolombe, XXIV, 218. Cette règle reçoit cependant exception en matière de conventions matrimoniales. Voy. § 502, texte n° 1.

de garantie, mais une obligation principale d'une nature particulière. Cette obligation doit, en général, être considérée comme complétement remplie, dès que le tiers a régulièrement et valablement [8] déclaré ratifier ou vouloir exécuter l'engagement, de sorte que le promettant ne reste soumis à aucune garantie pour la validité et l'exécution effective de la convention qu'il a passée [9].

Celui qui a conclu un contrat synallagmatique en se portant fort pour un tiers, peut être considéré comme ayant aussi formé le contrat pour lui-même, si d'ailleurs la nature des obligations réciproques qui en découlent, ne résiste pas à cette interprétation [10]. Le porte-fort est donc, dans cette supposition, et tant que le tiers n'a pas manifesté l'intention de s'approprier le contrat, autorisé à se substituer à lui dans les droits et les obligations qui en résultent [11].

Quand l'engagement de porte-fort a été pris dans un contrat synallagmatique, conclu par une personne tant en son nom propre que pour le compte de tiers, copropriétaires ou coïntéressés, les engagements réciproques qui résultent du contrat sont exécutoires ou exigibles dans les termes du contrat, indépendamment de toute déclaration ou ratification de la part de ces tiers. C'est ainsi que l'acquéreur d'un immeuble, indivis entre majeurs et mineurs, et vendu par les majeurs en se portant fort pour les mineurs, peut être contraint à payer son prix de la manière et aux époques convenues [12].

[8] Si le consentement donné par le tiers venait à être annulé pour vice de fond ou de forme, l'engagement du porte-fort, éteint seulement en apparence, revivrait avec ses effets. Larombière, I, art. 1120, n° 8. Demolombe, XXIV, 223.

[9] Duranton, X, 257. Larombière, I, art. 1120, n° 7. Colmet de Santerre, V, n° 21 *bis*. Demolombe, XXIV, 221. Le juge pourrait cependant admettre, d'après les termes dans lesquels la promesse a été faite, et par interprétation de l'intention commune des parties, que l'engagement du porte-fort comprend l'obligation accessoire de garantir la validité et l'exécution effective de la convention. Demolombe, *ibid*.

[10] Cette proposition, fondée sur l'intention probable des parties, par laquelle elle se justifie, serait inadmissible comme expression d'une règle de droit ou d'une présomption légale. Demolombe, XXIV, 226.

[11] Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, I, n[os] 217 et suiv. Larombière, I, art. 1120, n° 4. Bordeaux, 21 juin 1827, Dalloz, 1828, 2, 8. Toulouse, 27 juin 1839, Sir., 40, 2, 110. Rennes, 15 décembre 1848, Sir., 50, 2, 276. Limoges, 10 août 1850, Sir., 52, 2, 385.

[12] Larombière, I, art. 1120, n° 4. Req. rej., 25 mai 1852, Sir., 52, 1, 516.

La ratification par le tiers de la promesse faite pour lui, ou sa déclaration de vouloir tenir l'engagement pris en son nom, n'est en général, et à moins qu'il ne s'agisse d'un acte ou contrat solennel, soumise à aucune forme spéciale. De plus, elle n'a pas besoin d'être acceptée par celui auquel la promesse a été faite [13]; elle a pour effet, dès qu'elle est intervenue, d'empêcher que le porte-fort ne puisse se substituer au tiers, ou que, d'accord avec l'autre partie, il ne puisse révoquer ou dissoudre la convention.

La ratification, dont les effets remontent, entre les parties, au jour du contrat, n'opère, à l'égard des tiers, que du jour où elle est intervenue [14]. Encore faut-il, pour qu'elle puisse leur être opposée, qu'elle soit constatée par un acte ayant date certaine (art. 1328), et que de plus cet acte ait été transcrit, si cette formalité est requise pour l'efficacité de la convention à laquelle il se rapporte.

Le refus de la part du tiers dont le fait a été promis, de ratifier ou de tenir la promesse, rend le porte-fort passible de dommages-intérêts envers l'autre partie, sauf à lui, si la nature de l'engagement le permet, de le prendre à son compte et de l'exécuter lui-même [15].

2° *Des stipulations pour autrui* [16].

La stipulation qu'une personne fait, en son propre nom, au profit d'un tiers, est en général *inutile,* et ne produit aucune action, ni pour le tiers, ni pour le stipulant lui-même. Art. 1119.

Il en est cependant autrement, lorsqu'une pareille stipulation forme une condition ou une charge, soit d'une convention à titre onéreux que le stipulant conclut, dans son propre intérêt, avec le promettant, soit d'une libéralité qu'il fait à ce dernier. Art. 1121.

D'un autre côté, la stipulation faite pour autrui devient efficace, toutes les fois, et par cela seul, que le stipulant a un intérêt appréciable en argent à l'exécution de l'engagement pris par l'autre partie, auquel cas il est autorisé à demander, à titre de dommages-

[13] Zachariæ, § 346, note 8 *in fine.* Civ. cass., 27 août 1833, Sir., 33, 1, 373.

[14] Larombière, I, art. 1120, n° 7. Demolombe, XXIV, 230. Civ. rej., 6 avril 1842, Sir., 42, 1, 597. Civ. rej., 4 août 1847, Sir., 47, 1, 649.

[15] Larombière, I, art. 1120, n° 6. Demolombe, XXIV, 225. Voy. aussi les arrêts cités à la note 11 *supra.*

[16] Cpr. *Essai sur les stipulations pour autrui,* par Besnard ; Caen et Paris, 1844, broch. in-8.

intérêts, une somme égale au préjudice que lui cause son inexécution[17].

Enfin il suffit, même en l'absence de tout intérêt pécuniaire existant dans la personne du stipulant, que la stipulation ait été accompagnée d'une clause pénale, pour qu'il en résulte en sa faveur une action en paiement de la somme portée dans la clause pénale, contre l'autre partie qui refuserait d'accomplir son engagement[18].

Une stipulation faite, au profit d'un tiers, par une personne agissant en son propre nom, ne peut être qualifiée d'acte de gestion d'affaire et validée comme tel, qu'autant qu'elle rentre dans une gestion précédemment entreprise, ou qu'elle a pour objet la conservation ou l'entretien de choses faisant déjà partie du patrimoine de celui au profit duquel la stipulation a été faite[19].

Ainsi, la convention par laquelle une personne agissant, non en qualité de gérant d'affaires, mais en son propre nom, aurait accepté la promesse faite par l'autre partie de vendre tel immeuble à un tiers, ou de constituer une servitude au profit d'un de ses héritages, serait inefficace comme pure stipulation pour autrui[20],

[17] La disposition de l'art. 1121, qui admet la stipulation pour autrui dans les deux cas qu'il indique, ne doit pas être considérée comme limitative. L'inefficacité de ces stipulations tient à ce que, d'après leur nature et à moins de circonstances particulières, le stipulant n'a pas d'intérêt, et par conséquent pas d'action, pour exiger l'accomplissement de la prestation promise par l'autre partie. La cause de cette inefficacité disparaît par cela même que le stipulant a intérêt à l'exécution de la convention, qui n'est plus alors une *pure* stipulation pour autrui. *Sed et si quis stipuletur alii, quum ejus interesset, placuit stipulationem valere.* § 20, *Inst. de inut. stip.* (3, 19). Pothier, n° 70. Larombière, 1, art. 1129, n° 8. Demolombe, XXIV, 232 et suiv. — Un simple intérêt d'amitié ou de parenté ne suffirait point pour rendre la stipulation efficace. Cpr. Demolombe, XXIV, 211.

[18] Voy. § 309, texte et note 3.

[19] Pothier, I, 60. Bordeaux, 21 juin 1827, Dalloz, 1828, 2, 8.

[20] Pothier, n° 59. Duranton, X, 236 et 237. Voy. cep. Colmet de Santerre, V, 33 *bis*, III; Demolombe, XXIV, 240. Ces auteurs enseignent que des stipulations de la nature de celles dont il est question au texte devraient presque toujours être maintenues, comme constituant des actes de gestion d'affaires, et parce que, faites dans l'*intérêt* d'un tiers, elles peuvent, d'après la commune intention des parties, être considérées comme faites au *nom* de ce tiers. Nous ne saurions donner notre adhésion à cette doctrine, qui ne tend à rien moins qu'à réduire à l'état de lettre morte la règle que l'on ne peut, en son propre nom, stipuler pour autrui. A notre avis, ces auteurs donnent à la notion du quasi-con-

à moins toutefois que le stipulant ne se fût porté fort pour ce tiers [21].

Lorsqu'une stipulation pour autrui a été faite comme condition ou charge d'une convention à titre onéreux, conclue par le stipulant, elle n'est pas soumise aux formes de la donation entre-vifs, dans le cas même où elle constituerait une pure libéralité [22].

La stipulation faite pour autrui, dans les termes de l'art. 1121, peut, tant que le tiers au profit duquel elle a eu lieu n'a pas manifesté l'intention de l'accepter, être révoquée par son auteur, sans qu'il ait besoin, en principe, d'obtenir le consentement du promettant [23].

La révocation, régulièrement faite, donne en général, au stipulant, le droit d'exiger l'accomplissement, à son profit personnel, de la prestation ou charge qui forme l'objet de la stipulation [24].

Cette double proposition cesserait cependant de recevoir application, si le promettant avait un intérêt sérieux et légitime à s'opposer à la révocation, ou si l'exécution de la charge ou prestation au profit du stipulant lui-même, ne pouvait s'accomplir sans aggraver ou dénaturer la position que la convention lui a faite. En pareil cas, le promettant serait fondé à s'opposer à la révocation de la stipulation, ou du moins à refuser d'exécuter son engagement au profit du stipulant lui-même [25].

trat de gestion d'affaires une extension qu'il ne comporte pas ; et quant à l'interprétation qu'ils croient pouvoir donner aux stipulations pour autrui, c'est-à-dire à des stipulations faites par une personne, *en son propre nom*, au profit d'un tiers, elle nous paraît en dénaturer le caractère, et déplacer la question qu'il s'agit de résoudre.

[21] Dans ce cas, en effet, il ne s'agirait plus d'une simple stipulation pour autrui : il y aurait engagement de part et d'autre.

[22] Voy. art. 1973 ; § 659, texte, lett. *a*.

[23] C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'art. 1121, qui ne subordonne pas à l'assentiment du promettant la faculté de révocation qu'il accorde au stipulant.

[24] Grenoble, 9 août 1843, Sir., 45, 2, 486. Civ. cass., 27 décembre 1853, Sir., 54, 1, 81.

[25] Larombière, I, art. 1121, n°s 6 et 13. Colmet de Santerre, V, 33 *bis*, VI. Demolombe, XXIV, 250 et 251. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si, dans une vente passée par un frère à son frère, celui-ci avait été chargé de servir une rente viagère à leur père ou à un vieux serviteur de leurs parents communs, ou si, dans une donation d'immeubles faite par un père à l'un de ses enfants, celui-ci avait été chargé de payer à ses frères et sœurs une certaine somme à titre d'égalisation.

Que si la charge faisant l'objet de la stipulation, était de telle nature qu'elle ne pût être transportée de la personne du tiers au stipulant, la révocation de la stipulation profiterait par la force des choses au promettant[26].

La mort du stipulant ou du tiers avant toute acceptation de la part de celui-ci, n'éteint pas la stipulation. Mais aussi la mort du stipulant ne la rend-elle pas irrévocable; elle peut donc être révoquée par les héritiers de ce dernier; comme, d'un autre côté, elle peut aussi, après la mort du tiers, être acceptée par ses héritiers [27], à moins que, d'après son objet même ou les termes dans

[26] Merlin, *Rép.*, v° Convention, § 4. Duranton, X, 246. Larombière, I, art. 1121, n° 6. Colmet de Santerre, V, 23 *bis*, VII. Demolombe, XXIV, 251.

[27] L'application aux stipulations pour autrui, du principe qu'une offre ne peut être valablement acceptée, ni après la mort de celui qui l'a faite, ni par les héritiers de celui à qui elle a été faite, conduirait à des conclusions contraires aux propositions formulées au texte. Mais nous ne pensons pas que ce principe, incontestable quand il s'agit de la formation d'une convention, doive régir les stipulations pour autrui. Une pareille stipulation, en effet, n'est pas une offre faite en vue d'un contrat à conclure, mais une simple clause, une charge, ou un mode de la convention déjà formée, à laquelle elle se rattache, et qui la rend obligatoire pour le promettant. Rien ne s'oppose donc à ce que l'on considère une stipulation pour autrui, dont l'effet, en principe, subsiste entre le promettant et les héritiers du stipulant, comme pouvant être acceptée, après la mort de celui-ci, par le tiers ou par ses héritiers. Delvincourt, II, p. 264. Duranton, X, 248 et 249. Troplong, *Des donations*, 1106 et 1107. Larombière, I, art. 1121, n° 8. Demolombe, *Des donations*, III, 94. Toulouse, 19 novembre 1832, Sir., 33, 2, 11. Amiens, 16 novembre 1852, Sir., 54, 2, 60. Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 33 *bis*, VIII. — En se plaçant à ce point de vue, la logique exige que l'on reconnaisse également aux héritiers du stipulant la faculté de révoquer la stipulation, tant qu'elle n'a pas été acceptée. On comprendrait difficilement que la stipulation, continuant de subsister avec tous ses effets malgré le décès du stipulant, pût acquérir, entre ses héritiers et le tiers ou ses héritiers, un caractère d'irrévocabilité qu'elle n'avait pas entre le stipulant lui-même et le tiers. Voy. dans ce sens : Duranton, X, 248; Larombière, I, art. 1121, n°s 5 et 8. M. Demolombe (XX, 92 à 94 et XXIV, 252 et 253), tout en admettant comme nous, que la stipulation pour autrui est susceptible d'être acceptée après la mort du stipulant, par le tiers ou par ses héritiers, refuse cependant aux héritiers du stipulant, le droit de la révoquer. Il se fonde sur ce que le droit de révocation serait personnel au stipulant, et non transmissible à ses héritiers. Mais ce n'est là qu'une pétition de principe, puisque l'art. 1121 n'apporte, en ce qui concerne le droit dont s'agit, aucune exception à la règle d'après laquelle tous les droits et actions relatifs au patrimoine d'une personne passent à ses héritiers.

lesquels elle est conçue, elle ne doive être considérée comme faite dans l'intérêt personnel et exclusif du tiers lui-même.

L'acceptation d'une stipulation par le tiers au profit duquel elle a été faite, n'est soumise à aucune forme particulière : elle peut avoir lieu, soit expressément, par acte authentique ou sous seing privé, soit même tacitement ; et ce, encore bien que la stipulation constitue une véritable libéralité en faveur de ce tiers [28]. De quelque manière, ou sous quelque forme que l'acceptation ait eu lieu, elle rend immédiatement et par elle-même la stipulation irrévocable dans l'intérêt du tiers, sans qu'il soit nécessaire que le stipulant en ait au préalable obtenu connaissance [29].

Le tiers qui a accepté la stipulation faite en sa faveur, jouit d'une action directe, et à lui personnelle, contre le promettant, à l'effet de le contraindre à l'exécution de son engagement. Il est même admis à faire valoir les hypothèques et autres sûretés fournies par le promettant pour l'entière exécution du contrat principal, dont la stipulation forme une charge. Mais, dans le cas où la stipulation pour un tiers se trouve attachée à un contrat principal de donation ou de vente, ce tiers ne peut, à défaut d'exécution de la charge stipulée à son profit, provoquer la révocation ou la résolution du contrat [30].

La révocation ou résolution du contrat principal, à la demande du stipulant, n'aurait pas pour conséquence de priver le tiers du

[28] *Nec obstat*, art. 932. Duranton, X, 240. Larombière, I, art. 1121, n° 8. Colmet de Santerre, V, 33 *bis*, V. Demolombe, XXIV, 254. Req. rej., 5 novembre 1818, Sir., 19, 1, 251. Civ. rej., 25 avril 1853, Sir., 53, 1, 488.

[29] Voy. § 343, texte n° 3 *in fine*, notes 24 à 26.

[30] Cpr. § 707 *bis*, texte et note 7. Larombière, I, art. 1121, n° 9. Demolombe, XXIV, 256. Ces auteurs vont même plus loin, et enseignent que le tiers au profit duquel une charge a été stipulée dans un contrat de vente, ne jouit pas du privilége du vendeur. Mais cette manière de voir nous paraît contestable. Une pareille charge forme en effet partie du prix, dont l'intégralité se trouve garantie par le privilége du vendeur, aux droits duquel le bénéficiaire de cette charge se trouve virtuellement subrogé. L'opinion contraire conduirait à ce résultat que, dans telle hypothèse donnée, le privilége n'existerait pour personne. Il en serait ainsi notamment, si le prix de vente consistait uniquement dans une rente viagère stipulée au profit d'un tiers, puisque dans ce cas le vendeur n'aurait aucune créance à faire valoir. Nous ajouterons qu'il serait difficile de refuser au tiers crédi-rentier le droit d'invoquer l'application de l'art. 1978, et en lui reconnaissant ce droit, on reconnaît, par cela même, l'existence à son profit du privilége du vendeur, que suppose la disposition de cet article.

bénéfice de la stipulation qu'il avait acceptée : il conserverait le droit d'en exiger l'exécution contre le stipulant, et même contre le promettant, qui aurait négligé de l'appeler en cause pour se faire décharger des obligations qu'il avait contractées envers lui, sauf, en pareil cas, le recours du promettant contre le stipulant[31].

§ 344.

b. *De l'objet des contrats.*

Tout contrat exige un objet, c'est-à-dire une prestation à laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre. Art. 1108.

La prestation peut consister dans la livraison d'une chose, ou dans l'accomplissement de tout autre fait positif ou négatif d'ailleurs susceptible d'appréciation pécuniaire[1]. Art. 1126.

Les conventions portant sur la livraison d'une chose, peuvent, en général, avoir pour objet des choses futures, aussi bien que des choses déjà existantes. Art. 1130, al. 1.

D'un autre côté, elles peuvent avoir pour but de constituer ou de transférer, soit un droit réel, soit un droit personnel de jouissance, soit enfin la simple détention d'une chose. Art. 1127.

[31] M. Larombière (I, art. 1121, n° 10) pense qu'en cas de révocation ou de résolution du contrat principal, le tiers ne peut plus exiger, ni du promettant, ni même du stipulant, l'accomplissement de la prestation stipulée en sa faveur, et va jusqu'à dire que, si le promettant avait déjà acquitté la prestation en tout ou en partie, il aurait contre le tiers qui en a reçu le paiement, la répétition de l'indû. Cette opinion repose sur une application inexacte du principe que la révocation ou résolution d'un contrat doit replacer les parties au même et semblable état où elles se trouvaient avant sa formation. Ce principe, en effet, ne doit jamais être appliqué que sauf les droits acquis à des tiers, du chef du demandeur en résolution. Cpr. § 302, texte et note 66. On ne comprendrait pas que le stipulant pût, par son fait, priver le tiers qui a accepté la stipulation intervenue à son profit, du droit irrévocable que cette acceptation lui a conféré. Nous admettons, du reste, que, si le promettant avait fait des paiements au bénéficiaire de la stipulation, ou se trouvait encore exposé à être recherché par ce dernier, il aurait une indemnité à réclamer du stipulant, indemnité qui entrerait dans le décompte à faire entre eux par suite de la résolution du contrat. Demolombe, XXIV, 257.

[1] *Ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui præstarique possunt*, L. 9, § 2, D. *de statu lib.* (40, 7). Zachariæ, § 343, texte et note 6.

Les actes dépendants d'une profession littéraire, scientifique ou artistique, ne sauraient, en eux-mêmes et directement, former l'objet d'un contrat, en ce sens que celui qui les a promis n'est pas civilement contraignable à l'exécution de sa promesse[2]. Ainsi, l'engagement pris par un médecin de traiter un malade, ou par un avocat de défendre une cause, n'engendre contre eux aucune action contractuelle, sauf, le cas échéant, la responsabilité à laquelle ils pourraient être soumis, en vertu des art. 1382 et 1383[3].

Mais rien n'empêche qu'une chose déterminée à produire *(opus)* ne devienne l'objet d'une convention civilement efficace, bien que sa production doive être le résultat de l'exercice de talents artistiques ou de facultés intellectuelles de l'ordre le plus élevé. Ainsi est civilement efficace, l'engagement pris par un peintre de fournir un tableau, ou par un auteur de livrer un ouvrage destiné à la publication ou à la représentation.

D'un autre côté, si des actes dépendants d'une profession libérale ne sont pas en eux-mêmes susceptibles de former l'objet d'un engagement obligatoire pour celui qui les a promis, ils n'en constituent pas moins, à raison de l'avantage qu'ils sont destinés à procurer, une cause suffisante pour valider la promesse de rémunération faite par celui au profit duquel ils doivent être accomplis[4].

Un contrat qui manque absolument d'objet, ou qui n'a pour

[2] De pareils actes, considérés en eux-mêmes, sont inestimables, et ne constituent, d'après leur caractère principal, qu'un fait d'obligeance de la part de celui qui les a promis. *Opera loco beneficii præstatur.* L. 1, *præ.*, D. *si mensor fal. mod. dix.* (11, 6). Le sens moral, comme les principes du Droit, condamneraient la prétention de celui qui voudrait réclamer des dommages-intérêts pour l'inexécution d'une promesse de cette nature.

[3] Req. rej., 18 juin 1835, Sir., 35, 1, 401.

[4] Le terme *honoraire*, par lequel on désigne cette rémunération, en fait parfaitement ressortir le caractère particulier. L. 1, *præ.*, D. *si mensor fal. mod. dix.* (11, 6). Cpr. Req. rej., 21 août 1839, Sir., 39, 1, 663. M. Larombière (I, art. 1133, n° 18) se fonde sur cet arrêt pour soutenir que l'engagement pris par un médecin de donner ses soins à une personne et aux gens de sa maison, est civilement obligatoire. Mais telle n'était pas la question soumise à la Cour de cassation, qui s'est bornée à décider qu'une pareille promesse n'étant contraire, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, pouvait servir de cause à l'engagement de rémunération contracté par l'autre partie.

objet qu'une prestation physiquement impossible, est à considérer comme inexistant[5].

Il en est de même du contrat dont l'objet n'est pas déterminé, au moins quant à son espèce. Mais il n'est pas nécessaire que l'objet du contrat soit actuellement déterminé quant à sa quotité, pourvu que cette quotité soit susceptible d'être fixée par le juge d'après les éléments fournis par la convention[6]. Art. 1129.

On doit assimiler aux conventions dépourvues d'objet, les contrats dont l'objet consisterait dans une chose placée hors du commerce. Art. 1128. Ces contrats sont, à l'instar des conventions de la première espèce, à considérer comme non avenus.

Les fonctions publiques en général, et même les charges d'officiers ministériels[7], se trouvent, dans notre système constitutionnel, exclues du commerce, comme n'étant pas susceptibles de propriété.

Il en résulte qu'en principe, la convention par laquelle un fonctionnaire public s'engage à se démettre de sa place, moyennant une somme déterminée que l'autre partie promet de lui payer, doit être réputée non avenue[8]. Il en résulte également que la convention de société ayant pour objet l'exploitation en commun d'un office ministériel dont l'une des parties est titulaire, est en général à considérer comme non existante[9].

[5] Pothier, nos 134 et suiv. Colmet de Santerre, V, 263. Ainsi, la vente d'une chose qui n'existait plus au moment du contrat, est à considérer comme non avenue. Zachariæ, § 345, texte et note 2. Cpr. § 349, texte no 1, et note 19.

[6] Pothier, nos 131, 283 et suiv. Larombière, I, art. 1129, no 4. Colmet de Santerre, V, 43 *bis*, III. Demolombe, XXIV, 315. Zachariæ, § 345, texte et note 4. Cpr. Metz, 20 mars 1833, Sir., 35, 2, 49 ; Civ. cass., 1er juillet 1862, Sir., 62, 1, 863 ; Lyon, 10 mars 1864, Sir., 64, 2, 256.

[7] Voy. § 165, texte no 2, note 27 ; Req. rej., 13 décembre 1853, Sir., 54, 1, 93.

[8] Toullier, VI, 161. Troplong, *De la vente*, I, 270. Duvergier, *De la vente*, I, 207. Coulon, *Questions*, III, p. 563. Larombière, I, art. 1128, no 19. Demolombe, XXIV, 337. Zachariæ, § 345, note 7. Paris, 23 avril 1814, Sir., 15, 2, 238. Paris, 8 novembre 1825, Sir., 26, 2, 225. Nancy, 12 novembre 1828, Sir., 30, 2, 187. Paris, 18 novembre 1837, Sir., 38, 2, 63. Montpellier, 17 décembre 1849, Sir., 50, 2, 216. Lyon, 21 juillet 1856, Sir., 57, 2, 108. Paris, 30 janvier 1857, Sir., 57, 2, 109. Cpr. Rennes, 13 juillet 1840, Sir., 40, 2, 414. Voy. cependant en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, III, 465 : Amiens, 18 janvier 1820 et 18 juin 1822, Sir., 23, 2, 73 ; Grenoble, 3 juillet 1825, Sir., 26, 2, 61 ; Bordeaux, 5 décembre 1845, Sir., 46, 2, 328. Cpr. aussi : Req. rej., 2 mars 1825, Sir., 25, 1, 361.

[9] En vain voudrait-on distinguer entre le titre même et les émoluments de la

Toutefois, ces deux conséquences ont été modifiées par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, et par la loi du 2 juillet 1862, en ce sens que, d'une part, les officiers ministériels dénommés dans la première de ces lois, jouissent de la faculté de présenter un successeur et de stipuler un prix de cession à l'occasion de cette présentation, et en ce que, d'autre part, les agents de change près des bourses pourvues d'un parquet, ont été autorisés à s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés, participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur.

Bien que la clientèle d'un médecin ne se trouve pas en elle-même dans le commerce, puisque, reposant uniquement sur la confiance personnelle de ses clients, elle n'est pas à sa disposition, rien n'empêche cependant qu'un médecin ne s'engage valablement, contre une indemnité pécuniaire, à ne plus exercer la médecine dans un rayon déterminé, et à recommander à ses clients celui qui doit le remplacer. C'est même dans le sens de

charge, puisque ces émoluments, qui ne constitueraient que des résultats éventuels de la société à établir, ne peuvent, en aucune manière, être considérés comme en formant l'objet. La solution d'après laquelle les sociétés de la nature de celles dont il est ici question sont à regarder comme non avenues, peut d'ailleurs se justifier par la considération que de pareilles sociétés sont, dans leur constitution, contraires à l'ordre public. Duvergier, *Des sociétés*, n°s 59 et suiv. Troplong, *Du contrat de société*, I, 89 et suiv. Delangle, *Des sociétés*, I, 108 et suiv. Bédarride, *Des sociétés commerciales*, I, 25. Bournat, *Revue pratique*, 1860, X, p. 257. Larombière, I, art. 1128, n° 18. Demolombe, XXIV, 338. Paris, 2 janvier 1838, Sir., 38, 2, 83. Nantes, 9 mai 1839, Sir., 39, 2, 434. Rennes, 29 décembre 1839, Sir., 40, 2, 81. Rennes, 28 août 1841, Sir., 41, 2, 494. Paris, 17 juillet 1843, Sir., 43, 2, 369. Req. rej., 15 décembre 1851, Sir., 52, 1, 22. Rennes, 9 avril 1851, Sir., 52, 2, 261. Req. rej., 9 février 1852, Sir., 52, 1, 190. Lyon, 28 février 1853, Sir., 53, 2, 383. Paris, 4 février 1854, Sir., 54, 2, 148. Civ. cass., 15 janvier 1855, Sir., 55, 1, 257. Paris, 10 mai 1860, Sir., 60, 2, 465. Cpr. Lyon, 9 décembre 1850, Sir., 50, 2, 634; Req. rej., 15 décembre 1851, Sir., 52, 1, 21. Voy. en sens contraire : Mollot, *Bourses de commerce*, n° 284; Dard, *Code des officiers ministériels*, p. 328 et suiv.; Malpeyre et Jourdain, *Sociétés commerciales*, p. 5; Persil, *Des sociétés commerciales*, p. 74; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, I, 83. Voy. aussi : Paris, 15 juin 1850, Sir., 50, 2, 433.—Du reste, rien ne s'oppose à ce qu'un officier ministériel s'engage valablement à rémunérer un collaborateur ou un clerc au moyen de l'abandon d'une certaine partie des émoluments de sa charge. Req. rej., 13 janvier 1835, Sir., 35, 1, 17. Riom, 22 juillet 1842, Sir., 42, 2, 476.

pareils engagements, que doivent s'entendre les cessions de clientèle de médecin, qui, au fond et d'après l'intention des parties, ne peuvent avoir d'autre objet ni d'autre effet [10].

Quant aux brevets d'imprimeur ou de libraire, ils ne sont pas exclus du commerce, et peuvent valablement former l'objet d'une cession [11]. Il en est de même de la clientèle attachée à un cabinet d'agent d'affaires, ou d'agréé près d'un tribunal de commerce [12].

Les successions non encore ouvertes, quoique n'étant pas, à vrai dire, placées hors du commerce, ne sont pas non plus, du moins en général [13], susceptibles de former l'objet d'une convention. Art. 791, 1130 et 1600 [14]. La violation de cette règle doit faire considérer comme non avenue, la convention dans laquelle elle a été enfreinte [15].

La prohibition, établie par les articles précités, s'applique non-seulement aux conventions qui porteraient sur l'universalité ou sur une quote-part d'une succession non encore ouverte, mais encore à celles qui auraient pour objet des choses particulières, envisagées comme devant faire partie d'une pareille succession [16].

10 Demolombe, XXIV, n° 342. Angers, 28 décembre, 1848, Sir., 49, 2, 105. Paris, 6 mars 1851, Sir., 51, 2, 278. Req. rej., 13 mai 1861, Sir., 61, 1, 638. Paris, 29 avril 1865, Sir., 65, 2, 123. Voy. en sens contraire : Paris, 29 décembre 1847, Sir., 48, 2, 64.

11 Il est bien entendu que l'effet définitif d'une pareille cession reste subordonné à l'agrément, par le gouvernement, du cessionnaire ou du tiers que celui-ci présenterait en son lieu et place. Larombière, I, art. 1128, n° 22. Demolombe, XXIV, 340. Paris, 16 novembre 1854, Sir., 54, 2, 618. Cpr. Poitiers, 27 juin 1832, Sir., 32, 2, 415 ; Nancy, 29 juin 1859, Sir., 60, 2, 131.

12 Demolombe, XXIV, 341. Req. rej., 14 décembre 1847, Sir., 48, 1, 98.

13 Voy. cep. art. 761, 918, 1082 et 1083, 1093, 1401, 1526 et 1837. Voy. aussi : § 744.

14 Cpr. sur diverses applications de la règle qui prohibe toute convention sur succession future : § 337, texte et note 14 ; § 605, texte et note 20 ; § 610, texte et note 2; § 739, texte, notes 53, 58 et 59; Grenoble 13 décembre 1828, Sir., 29, 2, 278; Req. rej., 10 août 1840, Sir., 40, 1, 757; Req. rej., 14 novembre 1843, Sir., 44, 1, 219; Req. rej., 25 janvier 1853, Sir., 53, 1, 172 ; Req. rej., 14 mai 1855, Sir., 55, 1, 800; Paris, 4 février 1863, Sir., 63, 2, 56.

15 C'est à tort que Zachariæ (§ 345, texte et note 9) ne l'envisage que comme étant simplement entachée de nullité.

16 Troplong, *De la vente*, I, 246. Larombière, I, art. 1130, n° 13. Demolombe, XXIV, 325. Civ. rej., 11 novembre 1845, Sir., 45, 1, 785. Cpr. Civ.

D'un autre côté, cette prohibition s'applique aux conventions intervenues entre un tiers et la personne de la succession de laquelle il s'agit, aussi bien qu'à celles qui auraient été passées par un héritier présomptif ou légataire éventuel, alors du moins que les choses comprises dans une convention de la première espèce en ont formé l'objet comme devant dépendre de la succession de l'une des parties, c'est-à-dire avec le caractère de biens héréditaires[17].

Les conventions portant simultanément sur des biens présents, et sur des biens devant dépendre d'une succession non encore ouverte, sont inefficaces pour le tout, lorsqu'elles ont été conclues pour un seul et même prix[18], à moins que celui au profit duquel une pareille convention a été passée, ne consente à faire porter la totalité du prix sur les biens présents, et à renoncer au bénéfice de la convention pour les biens à venir[19].

La prohibition des pactes sur succession future ne s'applique pas, d'une manière absolue, aux conventions concernant les biens d'un absent, alors, du moins, qu'elles ont été conclues postérieurement à la déclaration d'absence. De semblables conventions seront sans doute annulables, s'il vient à être établi que l'absent existait encore à l'époque de leur passation. Mais, à défaut de cette preuve, et dans l'état d'incertitude que l'absence entraîne avec elle, elles doivent sortir leur effet, tant entre les parties contractantes, qu'à l'égard des tiers[20]. Quant aux traités conclus

cass., 23 janvier 1832, Sir., 32, 1, 666. Cet arrêt n'est pas contraire à celui qui a été précédemment cité. Dans l'espèce sur laquelle il a statué, les choses vendues ne l'avaient point été comme objets héréditaires, ni par des personnes agissant en qualité d'héritiers éventuels. En réalité, la convention n'était qu'une vente de la chose d'autrui, vente qui, d'ailleurs, avait été ultérieurement ratifiée par le propriétaire.

[17] Civ. cass., 30 juin 1857, Sir., 59, 1, 836. Cpr. Req. rej., 11 juillet 1859, Sir., 59, 1, 758.

[18] Troplong, *De la vente*, I. 251. Limoges, 13 février 1828, Sir., 29, 2, 32. Montpellier, 4 août 1832, Sir., 32, 2, 481. Toulouse, 27 août 1833, Sir., 34, 2, 97. Limoges, 6 avril 1838, Sir., 38, 2, 501. Req. rej., 11 novembre 1843, Sir., 44, 1, 229. Voy. cep. Duvergier, *De la vente*, I, 231; Larombière, I. art. 1130, n° 32; Demolombe, XXIV, 329.

[19] Grenoble, 8 août 1832, Sir., 33, 2, 176. Req. rej., 17 janvier 1837, Sir., 37, 1, 247. Voy. en sens contraire : Orléans, 24 mai 1849, Sir., 49, 2, 600.

[20] La déclaration d'absence donnant lieu à l'ouverture présumée de la succession de l'absent, tant en ce qui concerne les rapports respectifs de ses héri-

avant la déclaration d'absence, ils ne peuvent, il est vrai, servir de fondement à une action dirigée contre des tiers, alors même que l'absence aurait été ultérieurement déclarée [21]; mais les parties contractantes seraient, à défaut de preuve positive de l'existence de l'absent au moment où ces traités sont intervenus, non recevables à en demander la nullité [22].

Lorsqu'une convention à titre onéreux a pour objet une chose placée hors du commerce, ou une succession non encore ouverte, elle est également à considérer comme non avenue sous le rapport de la cause [23].

Les faits contraires à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, ne peuvent former l'objet d'une convention ayant une existence légale.

C'est ainsi qu'on doit considérer comme non-existants aux yeux de la loi, les traités ayant pour objet une entreprise de succès dramatiques [24], et les conventions de société formées pour l'exploi-

tiers présomptifs, qu'au point de vue des relations de ces derniers avec les tiers, il en résulte qu'aussi longtemps que la présomption de mort n'est pas détruite par la preuve contraire, les conventions relatives au patrimoine délaissé par l'absent ne sont point à considérer comme des conventions sur succession future. Demolombe, II, 130. Zachariæ, § 345, texte et note 11. Req. rej., 27 décembre 1837, Sir., 38, 1, 345. Voy. en sens contraire : Larombière, I, art. 1130, nº 23.

[21] Tant que l'absence n'a point été déclarée, la présomption de vie l'emporte, et les traités faits sur les biens de l'absent pendant cette première période, constituent des traités sur une succession qui ne saurait encore être réputée ouverte. Il est vrai que la déclaration d'absence fait remonter au jour de la disparition ou des dernières nouvelles l'ouverture présumée de la succession. Mais cette rétroactivité n'est point absolue : elle ne concerne que le règlement des rapports respectifs des personnes qui ont à exercer sur la succession de l'absent des droits subordonnés à son décès; elle ne peut avoir pour conséquence de rendre efficaces, au regard des tiers, des actes qui se trouvaient *ab initio* frappés d'inefficacité. Civ. cass., 21 février 1841, Sir., 42, 1, 167.

[22] Entre les parties contractantes, la difficulté se réduit à une question de preuve, qui se résout par la règle que le demandeur est tenu d'établir tous les faits qu'il allègue à l'appui de sa demande. Art. 1315. Demolombe, II, 131. Civ. rej., 30 août 1826, Sir., 27, 1, 157. Req. rej., 3 août 1829, Sir., 29, 1, 339. Cpr. Req. rej., 17 janvier 1843, Sir., 43, 1, 146.

[23] C'est même à ce point de vue que la jurisprudence et les auteurs s'attachent surtout, pour déclarer non avenues les conventions de cette espèce.

[24] Demolombe, XXIV, 334. Paris, 4 avril 1840, Sir., 41, 1, 623. Paris, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 499.

tation d'une maison de jeu, ou pour des opérations de contrebande à l'intérieur[25].

Les paiements faits en vertu d'une convention dépourvue d'objet, ou dont l'objet se trouve placé hors du commerce, donnent toujours lieu à une action en répétition.

Quant à la question de savoir si les paiements, faits par suite d'une convention portant sur des faits contraires à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, donnent ou non lieu à une action en répétition, elle doit se résoudre d'après les distinctions qui seront établies au nº 2 du § 442 *bis*.

Du reste, si la prestation formant l'objet du contrat, bien que susceptible en elle-même d'appréciation pécuniaire, ne présentait, pour le créancier personnellement, aucun avantage appréciable en argent, celui-ci ne serait pas autorisé à poursuivre en justice l'exécution de la promesse à lui faite. Un simple intérêt d'affection ne serait pas suffisant pour lui donner une action[26], à moins cependant que la stipulation, déterminée par un pareil mobile, n'ait eu en même temps pour but l'accomplissement d'un devoir moral[27].

§ 345.

c. De la cause des obligations conventionnelles.

En Droit romain, les conventions n'étaient pas, en général, civilement obligatoires par elles-mêmes. Les solennités et les faits à l'accomplissement ou à l'existence desquels la législation romaine avait subordonné l'efficacité civile des conventions étaient, par ce motif, désignés sous les termes *causa civilis, vel obligandi*. Il ne saurait, en Droit français, être question de causes d'obligation dans le sens qui vient d'être indiqué, puisque les conventions y sont, en général, civilement obligatoires par elles-mêmes, c'est-à-dire par le seul effet du consentement des parties[1].

Mais le Droit français exige, comme condition de la force obligatoire de toute promesse, et par conséquent de toute convention, que l'auteur de la promesse ait été déterminé à s'engager par

[25] Voy. § 378, texte *in fine*.

[26] Cpr. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 325, nº 26).

[27] Cpr. L. 54, *præ.*, D. *mand.* (17, 1).

[1] Cpr. L. 7, § 4, D. *de pactis* (2, 14). Zachariæ, § 344, texte et note 1re.

un motif juridiquement suffisant. Ce motif est appelé cause de l'obligation[2].

Dans les contrats de bienfaisance, l'intention d'exercer un acte de libéralité, ou de rendre un service, constitue une cause suffisante d'engagement[3].

Dans les contrats intéressés, la cause, pour chacune des parties, se trouve dans l'avantage qu'elle entend se procurer, eu égard à la nature de la convention, et par l'effet direct qu'elle doit produire. Cet avantage peut consister, soit dans une prestation certaine ou éventuelle à fournir par l'autre partie[4], soit dans la libération d'une obligation préexistante.

Sous ce dernier rapport, les obligations naturelles peuvent, tout aussi bien que les obligations civiles, servir de cause à un nouvel engagement[5].

[2] Selon certains commentateurs du Code Napoléon, la cause des obligations conventionnelles consisterait dans le motif qui porte les parties à s'engager. Cpr. Toullier, VI, 166 et 167 ; Delvincourt, II, p. 472. Cette définition manque de précision, en ce qu'elle ne distingue pas assez nettement la cause de l'obligation, c'est-à-dire la considération qui porte une partie à s'engager, du motif du contrat, c'est-à-dire du mobile qui la détermine à contracter. Un exemple suffira pour faire comprendre cette distinction. A achète de B un cheval, dans l'intention d'en faire don à C. Cette intention est le motif qui de fait porte l'acheteur à contracter ; mais elle ne constitue pas la cause de son obligation de payer, qui consiste dans le désir d'acquérir la propriété du cheval formant l'objet du contrat. Zachariæ, § 244, note 2. Colmet de Santerre, V, 49 et suiv. Au surplus, le terme *causa* est également employé en Droit romain, dans un sens identique ou analogue à celui qui se trouve indiqué au texte. Voy. L. 65, § 1, D. *de condict. ind.* (12, 6). Voy. aussi au D. les titres IV, V et VII du livre XII.

[3] Pothier, n° 42. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XII, p. 325, n° 27). *Discussion au Conseil d'État*, Opinion de Portalis (Locré, *Lég.*, XIV, p. 77, n° 1). Larombière, I, art. 1131, n° 9. Colmet de Santerre, V, 46 et 46 *bis*. Demolombe, XXIV, 352.

[4] Dans les contrats commutatifs ou aléatoires, la cause de l'obligation de l'une des parties consiste dans la prestation promise par l'autre. La théorie de la cause, en ce qui concerne ces contrats, se rattache donc à celle de l'objet. Quand il s'agit de l'objet des conventions, on envisage en elle-même et isolément la prestation due par chacune des parties. Quand on s'occupe de la cause, on apprécie les prestations respectivement dues par les contractants en les opposant l'une à l'autre.

[5] Cpr. § 297, texte n° 3, notes 18 à 20 ; § 324, texte n° 3, notes 13 et 14.

On doit même reconnaître que le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, constitue, dans les cas prévus au § 297, une cause suffisante d'engagements rentrant, pour le fond comme pour la forme, dans la classe des actes à titre onéreux[6].

L'obligation qui ne repose point sur une cause juridiquement suffisante, d'après les explications qui viennent d'être données, est une obligation sans cause[7].

La cause d'une obligation est fausse, lorsque l'une des parties s'est engagée en vue d'une cause imaginaire qu'elle supposait réelle (*cause erronée*), ou lorsque les deux parties ont indiqué une cause qu'elles savaient ne point exister (*cause simulée*).

La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, ou quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Art. 1133.

En dehors des conventions dans lesquelles la prestation promise par l'une des parties ayant pour objet un fait illicite, la cause devient elle-même illicite à l'égard de l'autre partie[8], nous citerons encore comme reposant sur de pareilles causes : les conventions qui auraient pour but d'assurer l'impunité d'un délit[9] ; les traités secrets, en matière de cession d'office, par lesquels le cessionnaire s'engagerait à payer un prix supérieur à la somme portée au traité apparent[10] ; les promesses consenties pour rémunération de sollicitations auprès du Gouvernement, à l'effet d'en obtenir des places, des faveurs, ou des commandes[11] ; les conventions connues sous le nom de pactes *de quota litis*, faites avec un avocat ou un officier

[6] Cpr. § 297, texte n° 3, *in fine*, et notes 27 à 32 ; § 568 *ter*, texte n° 1.

[7] On dit ordinairement qu'il est difficile de concevoir une obligation sans cause ; et cette idée a été exprimée au sein même du Conseil d'État (Locré, *Lég.*, XII, p. 138, n° 27). Il est vrai que celui qui prend un engagement, est toujours déterminé à le faire par un motif quelconque. Mais la question est précisément de savoir si ce motif constitue une cause juridiquement suffisante, au point de vue de la convention que les parties ont entendu conclure, et en cas de négative l'obligation est sans cause.

[8] Cpr. § 344, texte et notes 7 à 9.

[9] Bordeaux, 20 février 1839, Sir., 39, 2, 462.

[10] Voy. les autorités citées à la note 26 du § 297, et à la note 25 du § 339.

[11] Merlin, *Quest.*, v° Causes des obligations, § 2. Demolombe, XXIV, 378. Civ. rej., 20 mai 1828, Sir., 28, 1, 348. Colmar, 25 juin 1834, Sir., 34, 2, 661. Paris, 19 avril 1858, Sir., 58, 2, 366.

ministériel[12]; les dédits de mariage[13]; les promesses de courtage faites en vue d'un mariage, lorsqu'elles ont eu lieu à forfait et pour le cas de succès des démarches du proxénète[14]; les actes de société et les traités entre commerçants, qui auraient pour but ou pour résultat de gêner la liberté du commerce ou de nuire à la concurrence[15]; enfin, les conventions par lesquelles l'une des parties s'interdit, d'une manière illimitée, la faculté d'exercer tel commerce ou telle industrie[16].

Les obligations sans cause, sur une cause erronée, ou sur une cause illicite, sont destituées de toute efficacité juridique, et sont par conséquent à considérer comme non avenues[17]. Art. 1131.

Quant aux obligations fondées sur une cause dont le débiteur a prouvé la simulation, elles ne sont pas nécessairement inefficaces[18].

[12] De pareils pactes, en effet, sont contraires aux devoirs professionnels imposés aux avocats et officiers ministériels. Merlin, *Rép.*, v° Pacte *de quota litis*, et v° Droits litigieux, n° 3. Demolombe, *loc. cit.* — La Cour de Douai a même jugé, par arrêt du 18 mars 1843 (Sir., 43, 2, 411), que le pacte *de quota litis* tombe sous la prohibition établie par l'art. 1597. Mais, à notre avis, c'est étendre la disposition de cet article à une convention qui ne présente pas les véritables caractères d'une cession de droits litigieux. Duvergier, *De la vente*, 1, 201.

[13] Voy. les autorités citées à la note 26 du § 454.

[14] Larombière, I, art. 1133, n° 11. Demolombe, XXIV, 335. Poitiers, 9 mars 1853, Sir., 53, 2, 653. Civ. rej., 1er mai 1855, Sir., 55, 1, 337, Paris, 3 février 1859, Sir., 59, 2, 295. Paris, 8 février 1862, Sir., 62, 2, 377.

[15] Bourges, 11 août 1826, Sir., 28, 2, 135. Civ. rej., 18 juin 1828, Sir., 28, 1, 244. Cpr. cep. Pau, 7 août 1837, Sir., 38, 2, 242.

[16] Loi des 2-17 mars 1791, art. 7. — Il en serait autrement, et la convention serait valable, si l'interdiction d'exercer un commerce ou une industrie avait été limitée quant au temps ou quant au lieu. Larombière, I, art. 1133, n° 21. Douai, 26 avril 1845, Sir., 45, 2, 555. Caen, 24 juillet 1854, Sir., 57, 2, 214. Caen, 31 août 1864, Sir., 64, 2, 264. Paris, 28 janvier 1867, Sir., 67, 2, 153. Req. rej., 1er juillet 1867, Sir., 67, 1, 399.

[17] *Rapports au Tribunat*, par Favard et Jaubert (Locré, *Lég.*, XII, p. 428 et 429, nos 24, 26 et 27, p. 491 et 492, n° 60, p. 524, n° 24. Colmet de Santerre, V, 47. Demolombe, XXIV, 381. C'est à tort que Zachariæ (§ 334 *bis*, texte n° 3) semble ne considérer que comme simplement annulables, les obligations fondées sur une cause illicite.

[18] La simulation, en effet, n'est point par elle-même une cause de nullité. Cpr. § 35, texte et note 1re. Merlin, *Rép.*, v° Convention, § 2; et *Quest.*, v° Causes des obligations, § 1. Toullier, VI, 176. Duranton, X, 350. Favard, *Rép.*, v° Convention, sect. II, § 4, n° 2. Larombière, I, art. 1132, n° 8. Col-

Elles peuvent et doivent être regardées commes existantes et valables, lorsque le créancier parvient à établir, qu'abstraction faite de la cause simulée, il n'existe une autre cause, suffisante et licite[19].

Si un acte, constatant une obligation unilatérale, n'en énonçait pas la cause, par exemple, si un billet portait simplement, et sans autre indication, *je paierai* ou *je promets de payer*, cette obligation ne serait point à considérer comme non avenue, ou comme nulle, à raison de la forme incomplète du titre. Art. 1132. Seulement, le créancier devrait-il, en pareil cas, prouver que l'obligation est fondée sur une cause licite [20]. A défaut de cette preuve, qui peut être faite par témoins ou même à l'aide de simples pré-

met de Santerre, V, 47 *bis*, II. Demolombe, XXIV, 370. Zachariæ, § 344, texte et note 5. Civ. cass., 13 août 1806, Sir., 6, 2, 961. Req. rej., 8 juillet 1807, Sir., 7, 1, 371. Civ. rej., 9 juin 1812, Sir., 12, 1, 233. Civ. cass. 2 décembre 1812, Sir., 13, 1, 33. Colmar, 10 juin 1814, Sir., 15, 2, 128. Rouen, 9 mars 1830, Sir., 31, 2, 245. Civ. cass. 19 juin 1832, Sir., 32, 1, 529. Pau, 11 novembre 1834, Sir., 35, 2, 167. Caen, 9 avril 1853, Sir., 54, 2, 30. Req. rej., 13 mars 1854, Sir., 55, 1, 751. Cpr. sur la preuve de la simulation: § 765, texte et notes 26 à 32.

19 On doit naturellement présumer que la simulation a eu pour objet de couvrir une cause insuffisante ou illicite ; et, si le créancier prétend le contraire, c'est à lui à le prouver. Toullier, VI, 177. Duranton, X, 351. Larombière et Colmet de Santerre, *loc. cit.* Demolombe, XXIV, 372, Zachariæ, § 344, texte et note 6. Req. rej., 9 février 1864, Sir., 64, 1, 107.

20 L'art. 1108 range la cause au nombre des conditions essentielles à la formation des conventions ; et l'art. 1131 ne se borne pas à ouvrir une action en nullité contre les engagements destitués de cause ; il leur refuse tout effet. Il en résulte, que celui qui poursuit l'exécution d'un engagement, doit justifier que cet engagement a une cause, et que si cette preuve ne ressort pas de la nature même de la convention ou de l'acte qui la constate, il doit la faire d'une autre manière. En vain dirait-on que, d'après l'art. 1132, le fait seul de l'engagement fait présumer l'existence d'une cause vraie et licite. Cette objection, qui n'est au fond qu'une pétition de principe, nous paraît méconnaître le véritable sens de l'article précité, dont l'unique objet a été de faire cesser la controverse qui existait autrefois sur le point de savoir, si le défaut d'énonciation de cause dans une promesse de payer, devait ou non entraîner la nullité de cette promesse. Ce qui prouve, à notre avis, d'une manière décisive, que l'art. 1132 ne s'applique qu'à l'engagement lui-même, et non à l'acte instrumentaire qui le constate, et qu'ainsi il ne saurait être permis de substituer, comme on a essayé de le faire, le terme *billet* au mot *convention* dont se sert cet article, c'est qu'il dit : « quoique la cause *n'en* soit pas exprimée » et non « quoique la cause *n'y* soit pas exprimée ». La doctrine contraire, admise par la Cour de cassation, doit

somptions[21], l'obligation resterait inefficace. Du reste, on s'accorde généralement à admettre que la cause est suffisamment exprimée, lorsque le souscripteur de l'acte se reconnaît débiteur de la somme qu'il s'oblige à payer [22].

IV. DES EFFETS JURIDIQUES DES CONTRATS.

§ 346.

1° Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre les parties. Art. 1134, al. 1.

d'autant moins être suivie, qu'elle est en opposition avec la discussion au Conseil d'État. Cpr. sur l'ancien état de la jurisprudence : Merlin, *Quest.*, v° Causes des obligations, § 1, n° 1 ; et sur la discussion au Conseil d'État, Locré, *Lég.*, XII, p. 138 à 140, n° 27. Voy. dans le sens de notre opinion : Delvincourt, II, part. II, p. 472 ; Duranton, X, 353 et suiv. ; Favard, *Rép.*, v° Convention, sect. II, § 4, n° 1 ; Solon, *Des nullités*, I, 511 et 514 ; Devilleneuve, *Observations*, Sir., 49, 1, 113, à la note ; Zachariæ, § 344, texte et note 6. Voy. en sens contraire ; Toullier, VI, 175, et IX, 83 ; Marbeau, *Des transactions*, n° 158 ; Malleville, III, p. 32 ; Bonnier, *Traité des preuves*, n° 557 ; Dejaer, *Dissertation*, *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 929 ; Marcadé, sur l'art. 1315, n° 4 ; Larombière, I, art. 1132, n° 4 ; Colmet de Santerre, V, 48 *bis* ; Demolombe, XXIV, 366 ; Bourges, 12 février 1825, Sir., 25, 2, 355 ; Agen, 3 juillet 1830, Sir., 32, 2, 375 ; Civ. cass., 16 août 1848, Sir., 49, 1, 113 ; Nîmes, 17 décembre 1849, Sir., 50, 2, 118. Cpr. aussi Req. rej., 9 février 1864 ; Sir., 64, 1, 107.

[21] Quoique l'acte qui constate un engagement sans en exprimer la cause, ne fasse pas légalement présumer l'existence d'une cause, il forme cependant un commencement de preuve par écrit, qui rend ce fait vraisemblable, et qui est susceptible d'être complété à l'aide de simples présomptions, tirées, par exemple, de la qualité des parties, ou de la nature des relations qui ont existé entre elles. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, X, 356 ; XIII, 354.

[22] Bien que l'aveu d'une dette de la part du souscripteur d'un billet, semble expliquer et justifier l'engagement qu'il a pris, on peut cependant soutenir, en principe rigoureux, que, faute d'expression de la cause de la dette avouée, cet aveu est lui-même incomplet. Mais la proposition énoncée au texte n'en doit pas moins être admise, puisqu'elle est conforme à notre ancienne jurisprudence, et qu'il résulte formellement de la *discussion au Conseil d'État* et de l'*exposé de motifs* par Bigot-Préameneu, qu'on a entendu maintenir cette jurisprudence (Locré, *Lég.*, XII, p. 138 et 139, n° 27, p. 325, n° 287). Voy. en ce sens : Duranton, X, 353 et 357 ; Paris, 20 floréal an X, Sir., 7, 2, 817, Nîmes, 8 mars 1820, Sir., 20, 2, 163 ; Civ. cass., 9 janvier 1822, Sir., 22, 1, 272 ; Civ. cass., 29 août 1831, Sir., 31, 1, 410 ; Nancy, 25 avril 1833, Dalloz, 1833, 2, 211.

Il résulte de ce principe, que les dispositions légales, simplement déclaratives de la volonté présumée des contractants, ne doivent être appliquées qu'aux points sur lesquels ils ne se sont pas expliqués, ou ne l'ont fait que d'une manière incomplète[1].

Mais il ne faut pas en conclure, que l'interprétation erronée des termes ou des clauses d'un contrat, puisse donner ouverture à cassation[2].

Les conventions doivent être exécutées de bonne foi, c'est-à-dire conformément à l'intention des parties, et au but en vue duquel elles ont été formées. Art. 1134, al. 3.

Les conventions obligent, non-seulement à ce qui y est formellement exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui doivent, d'après l'équité, l'usage ou la loi, être considérées comme y ayant été virtuellement comprises[3]. Art. 1135 et 1160.

2° Les effets des conventions s'étendent, activement et passivement, aux héritiers et successeurs à titre universel[4] des parties contractantes, à moins que le contraire ne résulte d'une disposition spéciale de la loi[5], d'une clause de la convention, ou de la nature même du contrat. Art. 1122.

La règle, qui vient d'être posée, s'applique aux obligations de faire, aussi bien qu'à celles de donner, à moins que, s'agissant d'un fait dont l'accomplissement exige une aptitude spéciale, on ne doive admettre que le créancier a voulu qu'il fût accompli par le débiteur lui-même, et n'a pas entendu obliger ses héritiers[6].

La règle de la transmission aux héritiers, dans la proportion de leurs parts héréditaires, des droits et des obligations résultant d'une convention, n'est pas susceptible d'être modifiée par cette

[1] Civ. cass., 11 juillet 1814, Sir., 14, 1, 279.

[2] Voy. § 39 *bis*, texte et note 7 *in fine*.

[3] On peut donc dire qu'en Droit français, tous les contrats engendrent des actions *bonæ fidei*, dans le sens que le Droit romain attachait à cette qualification. Cpr. Malleville, sur l'art. 1134 ; Toullier, VI, 334 et suiv. ; Civ. rej., 15 février 1860, Sir., 60, 1, 955.

[4] Le mot *héritiers* opposé, dans l'art. 1122, au terme *ayants cause*, comprend tous les successeurs universels et à titre universel. Cpr. § 175, texte et note 6.

[5] Voy. art. 1514, 1795, 1865, 2003. Duranton, X, 259.

[6] Arg. art. 1237 cbn. 1795. On ne comprendrait pas que le créancier qui, en pareil cas, n'est pas obligé d'accepter l'exécution de l'obligation par les héritiers du débiteur, pût avoir le droit de les y contraindre. Larombière, I, art. 1122, n[os] 16 à 19. Demolombe, XXIV, 268. Voy. cep. Toullier, VI, 408 et 409.

convention elle-même. Le promettant ne peut, par une déclaration faite dans la convention, mettre l'obligation à la charge exclusive d'un seul de ses héritiers[7]; et, réciproquement, le stipulant ne peut, par une pareille déclaration, faire passer à un de ses héritiers seulement, le bénéfice intégral de sa créance[8].

Quant à la question de savoir si les droits et les obligations résultant d'une convention se transmettent aux ayants cause, c'est-à-dire aux successeurs particuliers du stipulant ou du promettant, elle a été examinée en détail aux §§ 176 et 176 *bis*, auxquels nous nous bornerons à renvoyer.

3° Les conventions ne peuvent, ni être opposées aux tiers, ni être invoquées par eux. Art. 1165.

On doit considérer comme tiers, dans le sens de cette règle, les personnes qui n'ont pas personnellement figuré dans une convention, et qui n'y ont été représentées, ni par leur auteur, ni par un mandataire ou un gérant d'affaires.

La règle posée par l'art. 1165 reçoit exception en matière de concordat. Code de commerce, art. 516.

Les stipulations pour autrui, faites dans les cas prévus par l'art. 1121, constituent également des exceptions à cette règle, en ce sens du moins que le promettant se trouve lié envers le tiers, dès avant l'acceptation de la stipulation par ce dernier, et ne pourrait se dégager que par une nouvelle convention conclue avec le stipulant[9].

[7] Voy. sur cette proposition : § 301, note 36.

[8] Le créancier a sans doute le droit, dans les limites de la quotité disponible, de disposer de la totalité de sa créance au profit d'un seul de ses héritiers ; mais il ne peut le faire que dans la forme des donations ou des testaments. En vain invoquerait-on, en sens contraire, la disposition de l'art. 1121, qui permet, dans les cas exceptionnels qu'il prévoit, de stipuler au profit d'un tiers. En effet, l'héritier au profit duquel la transmission de la créance devrait exclusivement s'opérer, ne se trouverait pas investi d'un droit propre, distinct de celui de son auteur, et ne saurait dès lors être considéré comme un tiers dans le sens de l'article précité. Marcadé, sur l'art. 1122, n° 1. Colmet de Santerre, V, 34 *bis*. V. Demolombe, XXIV, 270 et 271. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 416 ; Larombière, I, art. 1122, n° 46.

[9] Marcadé, sur l'art. 1185. Voy. cep. Colmet de Santerre, V, 30 *bis*, II ; Demolombe, XXV, 42. Ces auteurs ne nous paraissent pas être complétement dans le vrai, quand ils considèrent la stipulation pour autrui, comme n'ayant, avant son acceptation par le tiers, que le caractère ou la valeur d'une simple offre.

V. DE L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS[1].

§ 347.

1° Il y a lieu à interprétation d'un contrat dans les hypothèses suivantes :

Lorsque les termes dont les parties se sont servies, présentent en eux-mêmes quelque obscurité ou ambiguïté ;

Lorsque, malgré leur clarté, ces termes, pris dans leur sens littéral, ne sont pas susceptibles de se concilier avec la nature du contrat et l'intention évidente des parties[2].

Enfin, lorsque le rapprochement de deux ou de plusieurs clauses de la convention, fait naître des doutes sur la portée de ces différentes clauses.

Hors de ces hypothèses, il n'est plus permis au juge de s'écarter, sous prétexte d'interprétation, du sens littéral des termes[3].

2° Le juge, appelé à interpréter une convention, doit s'appliquer à déterminer la commune intention des parties, d'après les circonstances dans lesquelles le contrat a été formé, et l'exécution

[1] Les règles d'interprétation contenues aux art. 1156 et 1164, sont toutes empruntées à Pothier (nos 91 et suiv.), qui les a puisées dans le Droit romain. Nous n'avons pas cru devoir rappeler la disposition de l'art. 1160, qui a plutôt pour objet de régler les effets des conventions, que d'indiquer la manière de les interpréter. Cpr. art. 1135, § 346, texte et note 3 ; note 3 *infra*, *in fine*.

[2] Art. 1156. On a voulu soutenir que, dans cette hypothèse, l'interprétation n'est pas permise, et que le juge commettrait un excès de pouvoir, s'il s'écartait du sens littéral des termes. Mais cette opinion, contraire à la disposition formelle de l'article précité, doit être rejetée, puisque le doute naît ici précisément de l'opposition qui existe entre les termes pris dans leur sens littéral, et l'intention des parties telle qu'elle résulte de la nature du contrat. Colmet de Santerre, V, 74. Demolombe, XXV, 5. Colmar, 27 février 1865, Sir., 65, 2, 337. Req. rej., 22 novembre 1865, Sir., 66, 2, 23.

[3] *Discussion au Conseil d'État* sur l'art. 1156 (Locré, *Lég.*, XII, p. 154, n° 55). Toullier, VI, 305. Colmet de Santerre, V, 73. Demolombe, XXV, 4. Zachariæ, § 347, note 2 *in fine*. — Il ne faut pas conclure de cette proposition que les effets d'une convention, sur le sens de laquelle il ne s'élève aucun doute, doivent être restreints à ce que les parties ont formellement exprimé. Autre chose est d'interpréter (*hoc sensu*) un contrat, autre chose est de déterminer les effets qu'il doit produire. Cpr. art. 1135 ; §§ 40 et 346. Toullier, VI, 334 et suiv. Civ. rej., 25 août 1856, Sir., 57, 1, 38.

qu'il peut avoir reçue (art. 1156), en se conformant d'ailleurs aux règles suivantes :

a. Il convient de combiner entre elles toutes les clauses du contrat, pour les expliquer les unes par les autres, et par l'ensemble de la convention. Art. 1161.

b. Lorsque les contractants, pour mieux expliquer leur intention, se sont spécialement occupés de l'une des hypothèses auxquelles doit s'appliquer la convention, ils ne sont pas censés avoir voulu en restreindre l'effet à cette hypothèse. Art. 1164. Mais, d'un autre côté, une convention ne comprend, quelque généraux qu'en soient les termes, que les objets sur lesquels les parties ont eu en vue de contracter. Art. 1163. Cpr. art. 2048 et 2049.

c. Les termes susceptibles de deux sens, doivent être pris dans celui qui convient le plus à l'objet du contrat. Art. 1158.

d. Les expressions ambiguës s'interprètent d'après l'usage du pays où le contrat a été passé. Art. 1159.

e. En tout cas, les clauses succeptibles de deux sens, doivent plutôt être entendues dans le sens suivant lequel elles auront quelque effet, que dans celui d'après lequel elles n'en produiraient aucun. Art. 1157.

3° Si tous ces moyens d'interprétation sont insuffisants, le doute qui s'élève sur le sens du contrat, doit être résolu en faveur du débiteur, et contre le créancier[4]. Art. 1162[5].

VI. DE LA DISSOLUTION DES CONTRATS.

§ 348.

Les engagements contractuels s'éteignent par les mêmes causes que les obligations en général[1]. Ils s'éteignent, en outre, par la dissolution du contrat dont ils procèdent.

Les contrats sont, en général, susceptibles d'être dissous par le consentement mutuel des parties[2]. Art. 1134, al. 2. Toutefois, lorsqu'il s'agit de contrats translatifs ou constitutifs de droits réels, la dissolution du contrat, quoique possible entre les parties,

[4] Cpr. Bordeaux, 22 mars 1832, Sir., 33, 2, 63.

[5] Cpr. cep. art. 1602, al. 2. Voy. pour l'explication de cet article : § 353.

[1] Cpr. § 314.

[2] Voy. cep. art. 1395 et 1443, al. 3.

ne l'est point, à vrai dire, en ce qui concerne les tiers, au regard desquels elle constituerait une rétrocession[3].

Les contrats ne peuvent unilatéralement se dissoudre par la volonté d'une seule des parties, à moins que le contraire n'ait été convenu[4], ou ne résulte d'une disposition spéciale de la loi[5]. Art. 1134, al. 2.

Les contrats se dissolvent, quel qu'en soit l'objet, par l'expiration du temps pour lequel ils ont été conclus[6], par suite de la nullité ou de la rescision, prononcée en justice, de l'obligation à laquelle l'une des parties se trouvait soumise, et par l'effet des conditions résolutoires[7].

Les contrats se dissolvent enfin par la survenance d'un empêchement qui rend impossible l'accomplissement de l'engagement contracté par l'une des parties, lorsque cet engagement consiste, soit en une obligation de faire[8], soit en une obligation de livrer qui n'a pour objet que la transmission d'un droit personnel de jouissance[9]. Ainsi l'autre partie se trouve, en pareil cas, également dégagée de l'obligation qu'elle avait contractée. Il en est autrement des contrats translatifs de propriété ou de droits réels, dans lesquels la perte de la chose formant l'objet du contrat, n'éteint que l'obligation de la partie qui devait livrer cette chose, et laisse subsister l'engagement de l'autre partie[10].

Les contrats ne se dissolvent pas, du moins en général, par la mort des parties ou de l'une d'elles[11]. Arg. art. 1122.

[3] Duranton, XVI, 387. Demolombe, XXIV, 392. Zachariæ, § 348, texte *in fine*.

[4] Cpr. art. 1659, 1744 et 1761. Voy. aussi, sur la clause connue sous le nom de *pactum displicentiæ* : § 352 ; et sur les contrats conclus avec arrhes : § 349.

[5] Cpr. art. 1736, 1759, 1794, 1865, n° 5, 1869, 2003 et 2004. Voy. aussi : art. 1182, al. 3, et art. 1601, al. 2.

[6] Cpr. art 1737, 1774 et 1775, 1865 et 1888.

[7] Cpr. § 302, texte n° 4, lett. *b* ; § 336.

[8] Arg. art. 1795. Colmet de Santerre, V, 260 *bis*, IV.

[9] Art. 1722, 1741, 1867, al. 2, et arg. de ces articles.

[10] Cpr. § 331. Voy. cep. art. 1182, al. 3 ; § 302. texte n° 4. et note 64.

[11] Art. 1122. Cpr. art. 1742. Voy. cep. art. 1795, 1865, al. 3. et 2003, al. 3.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE CONTRATS EN PARTICULIER.

I. DES CONTRATS D'ACQUISITION.

A. DES CONTRATS PARFAITEMENT SYNALLAGMATIQUES.

1. *Des contrats commutatifs.*

a. *Du contrat de vente.*

SOURCES. — *Code Napoléon*, art. 1582-1701. — BIBLIOGRAPHIE. — *Traité du contrat de vente*, par Pothier. *Commentaire du titre de la vente*, par Troplong; Paris, 1834, 2 vol. in-8. *De la vente*, par J.-B. Duvergier ; Paris. 1835, 2 vol. in-8.

§ 349.

Notion du contrat de vente. Des conditions essentielles à son existence, et de ses effets.

La vente est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer à l'autre la propriété[1] d'une chose[2], moyennant un prix que celle-ci s'engage à lui payer. Art. 1582, al. 1. Trois éléments sont donc de l'essence du contrat de vente : le consentement des parties[3], la chose, et le prix.

[1] Nous avons cru devoir substituer au mot *livrer*, dont se sert l'art. 1582, les termes *transférer la propriété*, afin de mieux faire ressortir le caractère que la nouvelle législation a imprimé au contrat de vente. Cpr. Duvergier, 1, 17 ; Zachariæ, § 349, texte et note 2. Dans l'ancien Droit français, on suivait la maxime du Droit romain : *Hactenus tenetur venditor, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*. L. 30, § 1, D. *de act. empt. vend.* (19, 1). Pothier, n° 1. — Cpr. sur la dation en paiement qui présente la plus grande analogie avec la vente, et aboutit en général aux mêmes conséquences, § 318, note 1.

[2] Nous disons *la propriété d'une chose*. Lorsque la convention porte sur la translation d'un objet incorporel, elle prend plus particulièrement le nom de *cession*. Voy. sur la cession : l'appendice à la suite du contrat de vente.

[3] Voy. sur les ventes faites avec réserve de déclaration de command, c'est-à-dire avec réserve de la faculté, pour l'acheteur, de se substituer une autre personne : Toullier, VIII, 170 ; Troplong, I, 64 et suiv. ; Duvergier, I, 170 et suiv. ; Duranton, XVIII, 199 ; Civ. rej., 23 avril 1816, Sir., 16, 1, 285 ; Civ. rej., 26 février 1827, Sir., 27, 1, 250 ; Paris, 20 mai 1835, Sir., 35. 2, 343.

Le contrat de vente est, en général, parfait dès que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix [4]. Art. 1583.

1° *Des conditions essentielles à l'existence du contrat de vente.*

a. Le consentement des parties doit porter à la fois sur la chose à vendre et sur le prix. Il doit, de plus, lorsque le contrat n'a pas été conclu purement et simplement, porter sur les conditions ou modalités sous lesquelles l'une des parties a déclaré vouloir vendre, ou l'autre, vouloir acheter. Il faut, enfin, que le consentement ait pour but la transmission de la propriété de la chose formant l'objet du contrat : une convention passée, sous forme de vente, par des parties qui n'avaient pas l'intention réelle et sérieuse, l'une de se dépouiller de la propriété, l'autre de l'acquérir, pourrait être efficace sous d'autres rapports, mais ne constituerait point une vente [5].

La promesse de vendre une chose, moyennant un prix déterminé [6], équivaut à une vente actuelle, et en produit tous les effets, lorsqu'elle a été acceptée avec promesse réciproque d'acheter. Une promesse de vente, ainsi acceptée, fait immédiatement passer à l'acceptant la propriété et les risques et périls de la chose [7]. Il

[4] Lorsque les parties sont convenues de rédiger par écrit une vente conclue verbalement, ou de faire convertir en acte authentique un acte de vente sous seing privé, cette convention forme-t elle obstacle à la perfection du contrat ? Voy. § 343, texte n° 3, et note 21.

[5] Ainsi la convention, connue sous la dénomination de contrat *mohatra* et le contrat pignoratif ne constituent pas de véritables ventes. Cpr. § 396. Pothier, n[os] 37 et suiv. Zachariæ, § 349, note 5.

[6] On ne pourrait attribuer aucun effet à une promesse de vente faite sans désignation de prix, et sans indication du mode d'après lequel il devrait être déterminé. Duvergier, I, 128. Voy. cep. Pothier, n° 482.

[7] Duranton, XVI, 51. Favard, *Rép.*, v° Vente, § 4. Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Promesse de vente, n° 13. Duvergier, I, 124. Mourlon, *Revue pratique*, 1856, I, p. 518, n° 38. Larombière, *Des obligations*, I, art. 1138, n° 11. Zachariæ, § 349, texte et note 6. Bastia, 28 juin 1849, Sir., 50, 2, 257. Cpr. Req. rej., 2 mai 1827, Sir., 27, 1, 413. Malgré la formule à la fois claire et énergique dont se sert la loi, MM. Toullier (IX, 92) et Troplong (I, 125 et suiv.) ont cru pouvoir soutenir que la promesse de vente, même acceptée avec promesse réciproque d'acheter, ne transfère pas la propriété de la chose. Mais les arguments qu'ils présentent à l'appui de leur manière de voir ne nous paraissent pas de nature à atténuer la force de la disposition de l'art. 1589. Quant à M. Troplong en particulier, nous ne comprenons pas qu'il puise, tout en considérant (voy., par exemple, I, 134) l'obligation qui procède de la pro-

en serait ainsi, alors même que la promesse aurait été faite avec indication d'un délai pour sa réalisation [8]. Art. 1589.

Une promesse de vente, non encore acceptée, ne forme qu'une simple pollicitation, dont les effets sont réglés par les principes exposés au § 343.

Mais une promesse de vente peut être acceptée sans engagement réciproque d'acheter, et devient, par une pareille acceptation, obligatoire pour le promettant [9].

Il en résulte, d'une part, que ce dernier, en disposant de la chose offerte, se rend passible de dommages-intérêts.

Il en résulte, d'autre part, que celui auquel la promesse a été faite peut, à chaque instant, durant le délai expressément ou implicitement fixé à cet effet, la convertir en une promesse de vente synallagmatique, au moyen de la déclaration que sa volonté est d'acheter aux conditions proposées, et par suite contraindre le promettant à lui passer acte de vente et à lui livrer la chose offerte [10].

messe de vente, comme une obligation de livrer, refuser cependant à cette obligation, l'effet de transférer au créancier la propriété de la chose qui en est l'objet. Art. 1138.

8 M. Duvergier (1, 125) pense que, dans cette hypothèse, la propriété continuerait, jusqu'à l'époque fixée pour la passation de la vente, à résider sur la tête du promettant, qui resterait, d'un autre côté, chargé des risques et périls de la chose. Nous ne saurions adopter la première partie de cette opinion, qui nous paraît inconciliable avec le sens que M. Duvergier lui-même attribue à l'art. 1589. Quant aux risques de la chose, on pourrait admettre qu'en remettant à un temps plus ou moins éloigné l'exécution de la promesse de vente, les parties ont entendu les laisser à la charge de l'ancien propriétaire ; et nous comprenons que le juge serait, suivant les circonstances, autorisé à déclarer que telle a été l'intention des contractants. Larombière, I, art. 1138, n° 12.

9 Bien que la disposition de l'art. 1589 ne soit pas applicable à la promesse de vente non accompagnée de l'engagement réciproque d'acheter, il ne faut pas en conclure qu'une pareille promesse soit destituée d'efficacité. Duranton, XVI, 48. Troplong, I, 116. Duvergier, I, 122. Zachariæ, § 349, note *in fine*. Demolombe, XXV, 325 et 327. Paris, 10 mai 1826, Sir., 27, 2, 87. Paris, 26 août 1847, Sir., 48, 2, 161. Bordeaux, 17 août 1848, Sir., 48, 2, 641. Req. rej. 22 janvier 1868, Sir., 68, 1, 293. Voy. aussi dans ce sens les arrêts cités à la note 11 *infra*. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Vente, § 7, n° 5, v° *Non bis in idem*, n° 16, et *Quest.*, v° Promesse de vente ; Angers, 27 août 1829, Dalloz, 1830, 2, 74 ; Lyon, 27 juin 1832, Sir., 33, 2, 285.

10 En vain opposerait-on que toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts. Cette règle ne s'applique, en effet, d'une manière absolue, qu'aux obligations de faire qui exigent l'intervention personnelle du débiteur. Art. 1142 et

Dans ce cas, la propriété, ainsi que les risques et les périls de cette chose, ne passent à l'acceptant que du jour où il a déclaré vouloir acheter[11]; et son droit jusque-là se réduit à un simple droit de créance (*ius ad rem obtinendam*), non opposable à des tiers de bonne foi[12]. Si donc, avant cette époque, le promettant avait vendu la chose promise, ou l'avait grevée de servitudes et d'hypothèques, ces actes seraient efficaces au regard de l'acceptant, sauf son recours en dommages-intérêts contre le promettant[13].

Les ventes de vin, d'huile, ou d'autres choses qu'on est dans l'habitude de goûter avant d'en faire l'achat, ne sont censées conclues qu'après que la chose vendue a été goûtée et agréée par l'acheteur. L'existence d'une pareille vente est donc, en général, subordonnée au pur arbitre de ce dernier, qui ne peut être tenu d'accepter une chose dont ne s'accommoderait pas son goût personnel[14]. Art. 1587. Il en est toutefois autrement, lorsqu'il résulte

1144. Mais il y a mieux : du moment où l'acheteur a déclaré vouloir acquérir aux conditions proposées, le contrat de vente devient parfait, et entraîne, par conséquent, une véritable obligation de donner. L'office du juge se borne, dès lors, à ordonner l'exécution de la vente, et à déclarer que, faute par le vendeur de passer contrat, le jugement en tiendra lieu. Ballot, *Revue étrangère*, 1848, V. p. 114. *Observations* de Devilleneuve, Sir., 48, 2, 161. Demolombe, XXV, 326. Amiens, 16 juin 1841, Sir., 44, 2, 263. Voy. en sens contraire : Amiens, 24 août 1839, Sir., 43, 2, 403.

[11] Toullier, IX, 92. Troplong, I, 119. Duvergier, I, 123. Marcadé, sur l'art. 1589. Paris, 26 août 1847, Sir., 48, 2, 161. Req. rej., 9 août 1848, Sir., 48, 1, 615. Req. rej., 25 juillet 1849, Sir., 50, 1, 520. Req. rej., 14 mars 1860, Sir., 60, 1, 740. Req. rej., 20 juin 1862, Sir., 62, 1, 705.

[12] Cpr. Paris, 10 mai 1826, Sir., 27, 2, 87 : Bordeaux, 17 août 1848, Sir., 48, 2, 611 ; Caen, 9 mars 1866, Sir., 66, 2, 276.

[13] Troplong, I, 113. Duvergier, I, 123. Caen, 9 mars 1866, Sir., 66, 2, 276. — MM. Duranton (XVI, 53), Ballot (*op. et loc. cit.*) et Larombière (*op. cit.*, I, art. 1138, n°s 13 à 15), qui font remonter au jour de la promesse l'effet de la déclaration par laquelle l'acheteur a manifesté l'intention d'acheter aux conditions proposées, confondent évidemment, avec une condition suspensive à laquelle aurait été subordonnée une vente d'ailleurs parfaite, un élément nécessaire à l'existence même de la vente.

[14] On ne doit pas considérer une pareille vente comme conditionnelle, et l'assimiler à la vente à l'essai. La loi dit *qu'il n'y a pas de vente*, tant qu'il n'y a pas eu dégustation et approbation de la part de l'acheteur. Le consentement donné par l'acheteur avant la dégustation est donc absolument inefficace, et ne le lie en aucune manière. Delvincourt, III, 124. Duranton, XVI, 93, Troplong, I, 99, Zachariæ, § 349, texte et note 12.

des termes du contrat, de la nature du marché[15], ou des circonstances dans lesquelles il a été conclu[16], que l'acheteur a renoncé à la dégustation, auquel cas le vendeur peut, au refus de ce dernier de prendre livraison, provoquer une expertise pour la vérification de la marchandise.

Bien que l'art. 1587 porte *qu'il n'y a point de vente* tant que l'acheteur n'a pas goûté et agréé les denrées vendues, le vendeur n'en est pas moins lié, en ce sens qu'il est tenu de donner à l'acheteur, les moyens nécessaires et un délai suffisant pour opérer la dégustation[17], qui doit, en général, se faire au lieu convenu pour la livraison[18].

Une vente faite à l'essai est à considérer comme définitivement conclue sous une condition suspensive. Si l'acheteur ne voulait pas faire cet essai, ou si, après y avoir procédé, il ne voulait pas prendre livraison, le vendeur pourrait provoquer la nomination d'experts, chargés de vérifier si la chose est susceptible de servir à l'usage en vue duquel elle a été achetée. Art. 1588.

b. La chose qui forme l'objet d'une vente, doit exister actuellement, ou du moins être de nature à pouvoir exister un jour.

Lorsque, au moment de la conclusion du contrat, la chose vendue n'existe plus, la vente est à considérer comme non avenue[19]. Si elle n'est périe qu'en partie, l'acheteur a le choix de se départir

[15] C'est ce qui a lieu d'ordinaire, dans le cas où il s'agit de la vente de denrées qui ne sont pas destinées à la consommation personnelle de l'acheteur, mais à être livrées au commerce. Troplong, I, 100. Duvergier, I, 164. Angers, 21 janvier, 1835, Sir., 35, 2, 228. Req. rej., 29 mars 1836, Sir., 36, 1, 566. Cpr., Bonne, *Revue pratique*, 1868, XXVI, p. 160 et suiv. Voy. cep. Limoges, 8 et 15 mars 1838, Sir., 38, 2, 474; Req. rej., 5 déc. 1842, Sir., 43, 1, 89.

[16] Lorsqu'un habitant de Paris fait à un marchand de vin de Bordeaux la commande d'une certaine quantité de vin de telle qualité, le marché, peut, par interprétation de la volonté des parties, être considéré comme parfait, de telle sorte que l'acheteur sera obligé de recevoir le vin, pourvu qu'il soit de la qualité convenue, ce qui, en cas de contestation, devra être vérifié par experts. Cpr. Duranton, XVI, 93; Bonne, *op. et loc. cit.*

[17] Troplong, I, 102. Duranton, XXI, 93. Zachariæ, § 349, texte et note 11.

[18] Besançon, 13 janvier 1863, Sir., 63, 2, 42. Cpr. cep. Besançon, 4 juillet 1852, Sir., 63, 2, 42.

[19] Dans cette hypothèse, l'acheteur conserverait, pendant trente ans, son action en répétition du prix, sans qu'on pût lui opposer la disposition de l'art. 1304. Cpr. § 339, texte et note 26.

du contrat[20], ou de demander la partie conservée, en faisant réduire le prix dans la proportion de cette partie à la chose entière. Art. 1601. Il en serait de même, si la vente portait sur plusieurs objets, dont les uns n'auraient pas été achetés sans les autres[21].

Il faut, en outre, qu'il puisse y avoir, au profit de l'acheteur, transmission de propriété de la chose vendue : si l'acheteur était déjà propriétaire de cette chose, la vente serait à considérer comme non avenue[22].

c. Le prix doit consister en une somme d'argent[23], que l'acheteur s'oblige à payer, comme équivalent de la chose qu'il reçoit.

Toutefois, le prix peut être stipulé en une rente perpétuelle ou viagère, aussi bien qu'en une somme principale une fois payée[24].

Lorsqu'une chose a été vendue moyennant des charges consistant, partie en argent, et partie en prestations d'une autre nature, il appartient au juge de déterminer le caractère de la convention, d'après l'importance respective de ces charges[25].

Le prix doit être sérieux. Il ne saurait être considéré comme tel, lorsqu'il présente, avec la valeur de la chose vendue, une disproportion telle, qu'il est évident que les parties n'ont pu y voir un équivalent réel de cette chose[26].

[20] Toutefois, la vente pourrait être maintenue malgré l'acheteur, si, la partie périe étant sans importance relativement au tout, il paraissait que la perte de cette partie n'est qu'un prétexte, dont l'acheteur s'empare pour se désister d'un contrat que, dans la réalité, il veut rompre pour d'autres raisons. Arg. art. 1636. Duvergier, I, 237. Zachariæ, § 349, note 15.

[21] Delvincourt, sur l'art. 1601. Troplong, I, 254. Zachariæ, *loc. cit.*

[22] Pothier, nos 8 et 9.

[23] Art. 1582 cbn. 1702. C'est par cette condition que la vente diffère de l'échange, et de tous les contrats innommés qui ont pour objet de transférer la propriété d'une chose, moyennant une prestation autre qu'une somme d'argent. Zachariæ, § 349, texte et note 27.

[24] Pothier, *Des retraits*, n° 79. Troplong, I, 148. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Rente viagère, n° 18.

[25] Cpr. LL. 38 et 79, D. *de contrah. emp.* (18, 1) ; L. 21, § 4. D. *de act. empt. vend.* (19, 1) ; Delvincourt, sur l'art. 1591 ; Duranton, XVI, 118.

[26] Pothier, nos 18 et 19. Duranton, XVI, 100 et 104. Duvergier, I, 148 et suiv. Cpr. Zachariæ, § 349, texte et note 23.—Il ne faut pas confondre un prix non sérieux ou dérisoire avec un prix qui serait seulement entaché de vileté. La vileté du prix n'autorise que l'action en rescision dans le cas prévu par l'art. 1674. Au contraire, une vente dont le prix serait dérisoire, devrait être considérée

Il est, du reste, bien entendu qu'une convention qualifiée de vente, mais qui, comme telle, manquerait de prix, pourrait, par appréciation de l'intention des parties, être déclarée constituer une donation, et serait valable à ce titre, si elle était renfermée dans un acte authentique [27].

Le prix doit enfin être déterminé par les parties. Art. 1591.

Celles-ci peuvent cependant en confier la fixation à un ou plusieurs experts, désignés au moment de la conclusion du contrat. Elles peuvent même convenir que le prix sera fixé par des experts qu'elles choisiront ultérieurement [28], ou qui seront désignés d'office par le juge [29].

Dans l'une et l'autre hypothèse, elles ne sont point admises en principe, et à moins d'erreur grossière ou d'iniquité manifeste, à

comme manquant de prix, et, par conséquent, comme inexistante. Ce principe pourrait être appliqué, par exemple, à la vente faite moyennant une rente viagère, dont les arrérages resteraient inférieurs aux revenus de la chose vendue, en admettant contre l'acheteur les chances les plus défavorables. Il devrait l'être, à plus forte raison, à la vente faite moyennant une portion des fruits de la chose. En rejetant la distinction que nous venons de proposer, M. Troplong (I, 150) n'a pas remarqué que, dans son système, les ventes mobilières devraient être maintenues même en l'absence de prix sérieux, puisqu'elles ne sont pas soumises à la rescision pour cause de lésion. Poitiers, 23 thermidor an XI, Sir., 3, 2, 490. Req. rej., 2 juillet 1806, Sir., 6, 1, 353. Paris, 25 juillet 1826, Sir., 27, 2, 188. Bourges, 10 mai 1826, Sir., 27, 2, 40. Angers, 21 février 1828, Sir., 30, 2, 131. Req. rej., 28 décembre 1831, Sir., 32, 1, 300. Req. rej., 23 juin 1841, Sir., 41, 1, 868. Douai, 30 novembre 1847, Sir., 48, 2, 267. Req. rej., 7 août 1849, Sir., 50, 1, 129. Douai, 14 juin 1852, Sir., 53, 2, 97. Cpr. cep. Civ. cass., 16 avril 1822, Sir., 22, 1, 246, Civ. rej., 1er avril 1829, Sir., 29, 1, 295 ; Agen, 5 mai 1829, Sir., 32, 2, 110 ; Grenoble, 18 août 1831, Dalloz, 1832, 2, 88 ; Dijon, 24 février 1865, Sir., 65, 2, 14.

[27] Cpr. L. 36, D. *de cont. empt.* (18, 1) ; LL. 3 et 9, C. *de cont. empt.* (4, 38). Douai, 14 juin 1852, Sir., 53, 2, 97.

[28] Cpr. Req. rej., 31 mars 1862, Sir., 62, 1, 362 ; Grenoble, 1er juin 1865, Sir., 65, 1, 332.

[29] Si les parties n'étaient pas convenues qu'à défaut de nomination volontaire de leur part, les experts seraient désignés d'office par le juge, la nomination de ces experts ne pourrait être faite par les tribunaux. Delvincourt, II, p. 125. Duranton, XVI, 114. Troplong, I, 157. Zachariæ, § 349, note 19. Limoges, 4 avril 1826, Sir., 27, 2, 10. Toulouse, 5 mars 1827, Sir., 27, 2, 125. Voy. en sens contraire : Duvergier, I, 153 ; Devilleneuve et Carette, *Coll. nouv.*, IV, 1, 564.

demander, soit l'augmentation, soit la réduction du prix fixé par les experts[30].

Elles ne seraient pas davantage recevables à provoquer la nullité de l'estimation, sous le prétexte du non-accomplissement des règles prescrites par le Code de procédure, en matière d'expertise ou d'arbitrage[31].

La vente dont le prix a été laissé à l'arbitrage de tierces personnes, est à considérer comme subordonnée à la condition suspensive de l'estimation à faire[32]. Si donc l'expert, ou l'un des experts choisis par les parties, refusait la mission qui lui a été confiée ou ne pouvait l'accomplir, la vente devrait être regardée comme non avenue[33]. Il en serait de même dans le cas où les experts ne tomberaient pas d'accord sur le prix, à moins que les parties n'eussent prévu et réglé cette hypothèse[34]. Art. 1592.

Du reste, le prix serait suffisamment désigné, s'il était dit que la chose est vendue, soit pour ce qu'elle a coûté au vendeur, soit au cours, soit au prix auquel vendront des voisins. Mais la vente faite, soit pour la valeur de la chose ou pour son juste prix, soit

[30] Duranton, XVI, 116. Duvergier, I, 157. Toulouse, 25 février 1820, Sir., 21, 2, 364. Bastia, 3 avril 1839, Sir., 40, 2, 195. Bordeaux, 23 juillet 1853, Sir., 54, 2, 427.

[31] Bordeaux, 23 juillet 1853, Sir., 54, 2, 427. Pau, 24 décembre 1861, Sir., 62, 1, 363, à la note. Req. rej., 31 mars 1862, Sir., 62, 1, 362. Nancy, 1er juillet 1864, Sir., 64, 2, 154.

[32] Ce serait une erreur de croire qu'une pareille vente ne devient parfaite que par l'estimation. Quoique le prix ne soit pas, dans le principe, déterminé d'une manière absolu, il ne dépend cependant plus de la volonté des parties, et doit, par cette raison, être regardé comme suffisamment déterminé pour la formation de la convention. L'estimation, une fois faite, rétroagit au jour du contrat. Il en résulte que toute nouvelle aliénation, consentie entre la vente et l'estimation, est sans effet à l'égard du premier acheteur. Quant à la question des risques, elle se décide d'après les règles posées par l'art. 1182. Duranton, XVI, 109 et suiv. Troplong, 1, 155. Duvergier, I, 162.

[33] § 1, *Inst. de empt. vend.* (3, 22). Zachariæ, § 349, texte et note 20. Pamiers, 25 avril 1825, Sir., 26, 2, 264. Douai, 7 décembre 1844, Sir., 45, 2, 152. — L'une des parties ne pourrait faire remplacer l'expert qu'elle avait choisi de concert avec l'autre, par un expert dont elle provoquerait la nomination en justice. Troplong, I, 156. Duvergier, 1, 151 et 152. Voy. en sens contraire : Paris, 18 novembre 1831, Sir., 32, 2, 134.

[34] Duranton, 16, 114. Duvergier, I, 151 et 154. Cpr. Req. rej., 18 mai 1814, Sir., 15, 1, 28.

moyennant le prix qui en sera offert, doit être considérée comme non avenue[35].

2° *Des effets du contrat de vente.*

Lorsque, d'après les règles qui viennent d'être exposées, un contrat de vente est parfait ou définitivement conclu, il produit trois effets principaux :

a. Les parties sont réciproquement liées, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. Art. 1583. Il n'est donc pas au pouvoir de l'une des parties de résilier le contrat sans le consentement de l'autre, à moins que la faculté ne lui en ait été réservée, soit expressément, soit tacitement.

Une réserve de cette nature résulte implicitement, qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou d'une vente actuelle[36], du fait de la remise et de la réception d'arrhes. Dans ce cas, en effet, chacun des contractants est maître de se désister de la vente, celui qui a donné les arrhes en les perdant, et celui qui les a reçues en restituant le double[37]. Art. 1590.

[35] Duranton, XVI, 106. Troplong, I, 152 et suiv. Voy. cep. Duvergier, I, 160.

[36] L'art. 1590 ne parle que des promesses de ventes faites avec arrhes. Mais la règle qu'il pose s'applique, *ex ratione legis*, à des ventes actuelles, et même à d'autres contrats, par exemple, au louage, parce que la remise et la réception d'arrhes réduisent, en pareil cas, le contrat à une simple promesse de vendre ou de louer, dont on peut se départir. *Discours* de Grenier au Corps législatif (Locré, *Lég.*, XIV, p. 238, n° 10). Larombière, II, art. 1183, n° 24. Cpr. Duvergier, I, 135 et suiv.; Zachariæ, § 349, texte et note 24. — MM. Duranton (XVI, 50) et Troplong (I, 140 et suiv.) exposent, sur le caractère et les effets des arrhes, des théories qui s'écartent de celle que nous avons cru devoir adopter. Ces théories, divergentes entre elles, nous paraissent manquer d'ailleurs de conséquence, et sont loin de présenter des résultats clairs et satisfaisants.

[37] Il s'agit ici d'arrhes proprement dites (*arrha quæ ad jus pœnitendi pertinet*), avec lesquelles il ne faut confondre, ni les arrhes données en signe de la conclusion définitive d'une convention (*arrha in signum consensus interpositi data*, denier à Dieu), ni surtout les sommes payées par forme d'à-compte sur le prix. Comme il n'est plus guère d'usage de constater, par la remise de quelque pièce de monnaie, la conclusion d'un marché, la question de savoir si telle somme d'argent remise, à l'occasion d'une vente, par l'un des contractants à l'autre, l'a été à titre d'arrhes proprement dites, ou en signe de la conclusion définitive du contrat, ne se présentera pas fréquemment. Si elle s'élevait, on devrait, dans le doute, considérer cette somme comme des arrhes proprement dites. Cpr. Po-

b. Les risques de la chose vendue passent à l'acheteur par le seul effet du contrat[38]. Art. 1624 cbn. 1138.

c. La propriété de la chose vendue est, en général, transmise à l'acquéreur, même à l'égard des tiers, par le seul effet du contrat. Arg. art. 711 et 2182[39].

Toutefois, la vente ne produit ces deux derniers effets que quand la chose vendue est déterminée dans son individualité. Dans l'hypothèse contraire, la propriété et les risques de la chose continuent à résider sur la tête du vendeur.

C'est ce qui a lieu, notamment, pour les ventes de marchandises faites, non en bloc, mais au compte, au poids, ou à la mesure ; et ce, alors même qu'elles ont pour objet une certaine quantité de marchandises à prendre sur une plus forte quantité déposée dans

thier, n° 510 ; Merlin, *Rép.*, v° Denier à Dieu ; Duvergier, I, 137. — En ce qui concerne la distinction à établir entre les arrhes et les sommes payées à compte sur le prix, on doit, en général, pour la solution de cette question de fait, s'attacher aux indications suivantes : 1° Une somme remise par le vendeur à l'acheteur est à considérer comme constituant des arrhes, soit qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou d'une vente actuelle. 2° Il en est de même d'une somme remise par l'acheteur au vendeur, à l'occasion d'une promesse de vente, ou d'une vente sous condition suspensive, quel qu'en soit l'objet. 3° Une somme remise par l'acheteur au vendeur à l'occasion de la vente pure et simple d'une chose mobilière non encore livrée, ou lors d'une cession de créance, doit être envisagée comme donnée à titre d'arrhes, plutôt qu'à titre d'à-compte sur le prix. Il en serait ainsi surtout, si le prix avait été stipulé payable à terme. 4° Une somme remise par l'acheteur au vendeur, lors de la vente pure et simple d'un immeuble, est à considérer comme formant un paiement à compte, plutôt que des arrhes. La supposition contraire ne pourrait être admise, que dans le cas où le prix serait payable à terme, et dans celui où les parties seraient convenues de faire constater la vente par écrit ; encore ne devrait-on pas facilement s'arrêter à cette supposition. Cpr. en sens divers : Colmar, 15 janvier 1813, Sir., 14, 2, 295 ; Colmar, 13 mai 1813, Sir., 15, 2, 10 ; Dijon, 15 janvier 1845, Sir., 46, 2, 163.

38 Quoique, en Droit romain, la vente ne transférât pas par elle-même la propriété de la chose rendue, elle n'en faisait pas moins passer les risques à l'acquéreur, par le motif que, celui-ci devant, d'après l'intention commune des parties, jouir du *commodum rei venditæ*, il était juste qu'il en supportât le *periculum*. A côté de ce motif, qui n'a rien perdu de sa force, vient se placer, sous l'empire du Code Napoléon, une autre raison tirée de la règle *Res perit domino*. Cpr. Zachariæ, § 349, texte et note 25.

39 Cpr. §§ 174 et 207.

un lieu désigné [40]. Les risques et la propriété de la chose vendue ne passent, en pareil cas, à l'acquéreur, qu'après l'opération du comptage, du mesurage, ou du pesage [41]. Mais la vente n'en est pas moins parfaite sous le premier rapport ci-dessus indiqué, c'est-à-dire, en ce qui concerne la formation des obligations qui en naissent [42]. Art. 1585.

La disposition de l'art. 1585 ne s'applique pas à la vente de toute la marchandise contenue dans un vase déterminé, ou déposée dans un lieu désigné, quoique cette vente ait été faite au poids, au compte, ou à la mesure [43]. Cpr. art. 1586.

Le principe d'après lequel la propriété de la chose vendue est transférée, même au regard des tiers, par le seul effet de la vente,

40 C'est cette hypothèse que paraissent avoir eue en vue les rédacteurs du Code, en rédigeant l'art. 1585 ; car, si les marchandises vendues n'étaient pas jusqu'à un certain point individualisées par la désignation du lieu où elles se trouvent, l'application de la règle *Genus nunquam perit*, ne pourrait souffrir aucune difficulté.

41 L'art. 1585 ne parle que des risques, et ne dit pas expressément que la propriété continue à résider sur la tête du vendeur. Mais, comme on conçoit tout aussi peu la transmission de la propriété que celle des risques, tant que la chose vendue n'est pas déterminée dans son individualité, et comme cette détermination ne peut résulter que du pesage, du mesurage, ou du comptage, il faut en conclure que, jusqu'à cette opération, il ne peut pas plus y avoir translation de propriété, que transmission des risques. *Rapport* de Faure au Tribunat, et *Discours* de Grenier au Corps législatif (Locré, *Lég.*, XIV, p. 192, n° 7, p. 230 à 232, n° 4). Troplong, 1, 86. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, III, 862 et 863. Marcadé, sur l'art. 1585, n° 3. Taulier, VI, p. 13. Crim. rej., 24 mars 1860, Sir., 61, 1, 778. Cpr. Zachariæ, § 349, texte et note 10. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Vente, § 4, n° 2 ; Delvincourt, III, p. 122 ; Duranton, XVI, 92 ; Duvergier, 1, 82 et suiv. ; Coin-Delisle, *Revue critique*, 1858, XIII, p. 289 et suiv. ; Civ. rej., 11 novembre 1812, Sir., 13, 1, 52.

42 Zachariæ, § 349, texte et note 9. Cpr. Nancy, 4 janvier 1827, Sir., 27, 2, 259.

43 Une vente de cette nature, ayant réellement pour objet une chose déterminée dans son individualité, doit, immédiatement et par elle-même, transférer à l'acheteur la propriété et les risques de la chose vendue. L'opération du mesurage ou du pesage n'est pas nécessaire, en pareil cas, pour la détermination de la chose ; elle ne l'est que pour le calcul du prix. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 48 et suiv., n°s 5 à 9). Duvergier, I, 90. Dijon, 13 décembre 1867, Sir., 68, 2, 311. Voy. en sens contraire : Troplong, 1, 90.

est dominé, en matière de vente de choses mobilières corporelles, par la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre.*

Il en résulte, d'une part que, quand une chose mobilière corporelle a été successivement vendue à deux personnes, celle d'entre elles qui en a été mise en possession réelle est préférée, et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu cependant qu'elle ait été de bonne foi. Art. 1141 [44].

Il en résulte, d'autre part, qu'au cas de collision entre l'acquéreur d'une chose mobilière corporelle et le créancier mis en possession de cette chose à titre de gage, ce dernier doit l'emporter, s'il l'a reçue de bonne foi, encore que la mise en gage soit postérieure à la vente [45].

Mais, en dehors des cas auxquels s'applique la maxime qu'en fait de meubles possession vaut titre, on doit s'en tenir au principe que la propriété de meubles corporels est transmise à l'acquéreur, même au regard des tiers, par le seul effet de la vente. Ainsi, lorsque des objets mobiliers, vendus et non livrés, ont été frappés de saisie par les créanciers du vendeur, la demande en distraction formée par l'acheteur doit être accueillie, à moins que les créanciers ne prouvent que la vente est simulée ou frauduleuse [46]. Cette preuve peut, du reste, être facilement admise en pareille matière.

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription a apporté une notable modification au principe ci-dessus indiqué. Aux termes des art. 1, 3 et 11 de cette loi, les actes de vente d'immeubles, corporels ou incorporels, susceptibles d'hypothèques, qui n'auraient point reçu date certaine antérieurement au 1er janvier 1856, sont, pour leur complète efficacité, soumis à la transcription, et ne peuvent être opposés aux tiers qui, avant l'accomplissement de cette

44 Voy. pour l'explication de l'art. 1141 : § 174, texte n° 1, et note 7.

45 Voy. sur ce point : § 183, texte n° 6.

46 Marcadé, sur l'art. 1141, n° 2, *in fine*. Larombière, I, art. 1141, n° 18. Colmet de Santerre, V, 57 *bis*, IV. Demolombe, XXIV, 472. Bordeaux, 3 avril 1829, Sir., 29, 2, 231. Orléans, 8 août 1838, Pal., 1838, 2, 272. Douai, 26 février 1840, Dal., 1841, 2, 162. Bourges, 25 janvier 1841, Sir., 41, 2, 624. Civ. rej., 25 juin 1845, Sir., 46, 1, 551. Douai, 5 février 1848, Sir., 48, 2, 742. Dijon, 27 juin 1864, Sir., 64, 2, 183. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 35 et 36 ; Troplong, I, 42 ; Duvergier, I, 37 ; Destrais, *Dissertation sur la revendication des meubles*, p. 54 ; Hureaux, *Revue de droit français et étranger*, 1846, III, p. 775, n° 38 ; Lyon, 9 avril 1851, Sir., 53, 2, 1.

formalité, ont acquis des droits sur les immeubles vendus, et les ont dûment conservés[47].

Du reste, lorsque la vente est contractée sous une condition suspensive, ou sous une condition résolutoire, les effets en sont modifiés d'après les règles posées au § 302. Art. 1584.

§ 350.

Des différentes divisions de la vente.

1° On appelle vente nécessaire, par opposition à la vente volontaire, celle à laquelle le propriétaire est obligé de consentir par suite d'une nécessité juridique. C'est ce qui a lieu dans les circonstances suivantes :

a. Lorsqu'un créancier poursuit la vente des biens de son débiteur, par voie de saisie mobilière ou immobilière. Dans ce dernier cas, la vente prend plus particulièrement le nom d'expropriation forcée.

b. Lorsque l'abandon d'un immeuble corporel est commandé par un motif d'utilité publique, abandon qui est qualifié d'expropriation ou de cession pour cause d'utilité publique[1].

c. Lorsqu'un communiste provoque contre ses consorts la licitation d'une chose non commodément partageable en nature. Art. 1686 à 1688. Voy. aussi art. 826.

d. Enfin, quand la loi impose à un administrateur de la fortune d'autrui, l'obligation de vendre tout ou partie des biens confiés à son administration. Cpr. art. 452, 813 ; Code de commerce, art. 534.

2° La vente est privée ou publique, selon que le vendeur traite de gré à gré avec un acheteur de son choix, ou qu'il met la chose aux enchères publiques, pour la faire adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur.

Le vendeur est, en général, libre d'adopter l'un ou l'autre mode de vente[2]. Mais il est des cas dans lesquels la loi prescrit la voie

[47] Voy. pour l'explication de la loi du 23 mars 1855 : § 174, texte n° 3 : § 209.

[1] Cpr. § 193, texte *in fine*, notes 19 et suiv. ; § 209, texte, lett. A, notes 43 à 45.

[2] Zachariæ, § 350, texte et note 5. On ne peut cependant exposer aux enchères en justice, des immeubles appartenant à un majeur capable de disposer de ses droits. Code de procédure, art. 743, al. 1. Nîmes, 30 décembre 1808, Sir., 10, 2, 559.

de l'adjudication publique, qu'elle soumet à de certaines formalités établies dans le but de faire porter la chose à sa valeur réelle. Ces cas peuvent être rangés dans deux catégories.

La première comprend les ventes par suite de saisies, mobilières ou immobilières[3].

La seconde se compose de ventes nécessaires et de ventes volontaires, dans lesquelles la voie de l'adjudication aux enchères est prescrite, tantôt dans l'intérêt du propriétaire, tantôt dans celui des créanciers. Telles sont, par exemple, les ventes de choses appartenant à des mineurs ou à des interdits, celles de biens dépendants d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ou d'une succession vacante, celles de choses appartenant à un débiteur qui a fait cession de biens, et enfin les licitations, sauf le cas où tous les intéressés, étant présents et maîtres de leurs droits, consentent à y procéder sans enchères publiques[4].

Il est permis aux particuliers de procéder eux-mêmes, ou de faire procéder par des mandataires privés, à la vente de leurs immeubles aux enchères publiques, et à la suite d'affiches ou de publications[5]. Mais les ventes de choses mobilières ne peuvent être faites publiquement et aux enchères que par le ministère d'officiers publics, investis du pouvoir d'y procéder[6]. Ces officiers sont les commissaires-priseurs, les courtiers de commerce, les notaires, les huissiers et les greffiers[7].

[3] La procédure prescrite pour l'expropriation forcée peut cependant être modifiée par les parties intéressées, conformément à l'art. 743, al. 2 et 3, du Code de procédure.

[4] Voy. sur ces différentes ventes : Code de procédure, art. 904, 953 et suiv., 972, 988 et 1001. — Les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs forment le type commun sur lequel sont calquées, sauf quelques modifications, les formes des autres ventes qui rentrent dans la même catégorie.

[5] Bruxelles, 26 juin 1811, Sir., 12, 2, 431. Req. rej., 20 février 1843, Sir., 43, 1, 309. Amiens, 18 novembre 1846, Sir., 47, 2, 28. Req. rej., 19 mai 1847, Sir., 47, 1, 520. Voy. cep. Décision ministérielle du 2 novembre 1811, Sir., 12, 2, 147.

[6] Loi du 22 pluviôse an VII, art. 1.

[7] Voy. Lois des 21-26 juillet 1790 et 17 septembre 1793 ; Arrêtés des 12 fructidor an IV, et 27 nivôse an V ; Loi du 27 ventôse an IX ; Code de commerce, art. 486 : Décrets du 22 novembre 1811 et du 17 avril 1812 ; Loi du 28 avril 1816, art. 89 ; Ord. du 26 juin 1816 ; Loi du 15 mai 1818 ; Ord. des 1er juillet 1818 et 9 avril 1819 ; Loi du 25 juin 1841 ; Loi du 5 juin 1851 ; Loi du 28 mai 1858 ; Décret du 12 mars 1859, rendu pour l'exécution de la loi précédente ; Décret du 30 mai 1863.

3° On désigne sous la dénomination commune de ventes faites d'autorité de justice, les ventes nécessaires ou volontaires, auxquelles la justice procède elle-même, et celles dans lesquelles elle intervient, soit pour les ordonner, soit simplement pour les autoriser.

Sauf les particularités qui vont être indiquées, les effets de la vente sont les mêmes, qu'elle soit volontaire ou nécessaire, publique ou privée, et qu'elle rentre ou non dans la catégorie des ventes faites d'autorité de justice[8].

Les jugements d'adjudication sur saisie immobilière, et les jugements d'expropriation ou les cessions pour cause d'utilité publique, opèrent virtuellement la purge des hypothèques simples ou privilégiées, à la différence des autres ventes faites d'autorité de justice, qui restent, sous ce rapport, soumises aux règles du Droit commun[9].

Dans les ventes faites par autorité de justice, il n'y a lieu, ni à garantie des vices rédhibitoires, ni à rescision pour cause de lésion. Art. 1649 et 1684.

La surenchère du sixième, ou suivant le cas du dixième, étant admise dans toutes les ventes faites d'autorité de justice, la propriété transmise par une pareille vente, reste soumise à révocation jusqu'à l'expiration du délai fixé pour la surenchère[10].

§ 351.

Des conditions requises pour la validité du contrat de vente.

1° *Du consentement des parties.*

Les règles développées au § 343 *bis*, sur le consentement envisagé comme condition de la validité des conventions en général, s'appliquent au consentement requis en matière de vente.

Ce consentement, qui n'est soumis à aucune formalité extrinsèque, peut être donné verbalement, tout aussi bien que par écrit[1];

8 Zachariæ, § 350, texte et note 8.

9 Voy. § 293 *bis*, texte n° 2, notes 3 à 16.

10 Code de procédure, art. 708, 904, 965, 973, al. ult., 988, al. 2. et 1001. Code commerce, art. 573.

1 La disposition du deuxième alinéa de l'art. 1582 se rapporte à la preuve, et non à l'existence ou à la validité de la vente. Ainsi la vente verbale est valable. Elle peut même être prouvée par témoins, lorsque la valeur de l'objet vendu ne dépasse pas 150 fr. Art. 1341. *Exposé de motifs*, par Portalis, *Rapport* de Faure au Tribunat, *Discours* de Grenier au Corps législatif (Locré, *Lég.*, XIV,

et, au dernier cas, les parties sont libres de le constater par un acte sous seing privé ou par un acte authentique. Art. 1582, al. 2.

2° Des personnes capables de contracter vente.

a. Toute personne capable de disposer de ses biens est, en général, capable de vendre chacune des choses dont elle est propriétaire. Art. 1594. Par exception à ce principe :

α. Celui dont l'immeuble a été frappé de saisie réelle, ne peut plus, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner cet immeuble, au préjudice du saisissant ou des créanciers hypothécaires. Code de procédure, art. 686.

Cette prohibition, établie dans le seul but d'empêcher que le débiteur n'apporte des entraves à la marche de la saisie, ne prive pas ce dernier de la faculté de constituer des hypothèques sur l'immeuble saisi[2].

Bien que la nullité de la vente consentie par le saisi ait lieu de plein droit, et sans qu'il soit nécessaire de la faire prononcer, elle n'est cependant pas absolue, et ne peut être proposée, ni par le saisi lui-même, ni par l'acquéreur[3].

Mais l'adjudicataire est en droit de la faire valoir, aussi bien que le saisissant et les créanciers hypothécaires[4].

Cette nullité se trouve effacée, et la vente consentie par le saisi ne peut plus être attaquée, lorsque, avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acquéreur consigne une somme suffisante pour désintéresser complétement les créanciers inscrits et le saisissant. Code de procédure, art. 687.

p. 142 et 143, n°s 4 et 5, p. 193, n° 11, p. 234 à 237, n° 7). Duranton, XIV, 34. Troplong, I, 19. Zachariæ, § 351, texte et notes 1 et 2. Civ. cass., 21 octobre 1811, Sir., 12, 1, 229. Poitiers, 7 juillet 1825, Sir., 25, 2, 426. Cpr. §§ 306 et 343. Voy. cep. Code de commerce, art. 195.

[2] Tarrible, *Rép.*, v° Saisie immobilière, § 6, n° 1, art. 24. Grenier, *Des hypothèques*, I, 151. Troplong, *Des hypothèques*, II, 413. Zachariæ, § 286, note 3.

[3] Arg. art. 687 du Code de procédure. Troplong. *De la vente*, I, 176. Req. rej., 5 décembre 1827, Sir., 28, 1, 240. Paris, 6 décembre 1833, Sir., 34, 2, 191. Voy. en sens contraire : Angers, 2 décembre 1818, Sir., 20, 2, 210.

[4] Cpr. Paris, 5 avril 1864, Sir., 65, 2, 100.

Du reste, si la vente de l'immeuble saisi avait acquis date certaine avant la transcription de la saisie, elle serait opposable au saisissant et aux créanciers hypothécaires, bien qu'elle n'eût elle-même été transcrite qu'après la saisie[5].

β. Le commerce de certaines choses est interdit à certaines personnes, à raison des fonctions dont elles sont revêtues. C'est ainsi, par exemple, que le commerce de bois est interdit aux agents forestiers[6]. Voy. aussi Code pénal, art. 176.

b. Toute personne capable de s'engager est, en général, capable d'acheter toute espèce de choses, et de quelque personne que ce soit. Art. 1594. Par exception, la loi défend (art. 1596) :

α. Aux tuteurs, d'acheter les biens de leurs pupilles.

Cette prohibition s'applique aux ventes sur expropriation forcée, aussi bien qu'aux ventes volontaires[7]. Il en serait toutefois autrement, si le tuteur, se trouvant créancier hypothécaire du mineur, avait lui-même dirigé des poursuites contre le subrogé tuteur, ou s'était fait remplacer par ce dernier sur les poursuites exercées par un autre créancier[8]. D'un autre côté, le tuteur, qui serait copropriétaire avec le mineur, pourrait valablement se rendre adjudicataire des biens indivis entre eux, vendus sur licitation[9]. Il en serait de même dans le cas où le tuteur se trouvant usufruitier de biens appartenant en nue propriété à son pupille, la vente porterait simultanément sur la nue propriété et sur l'usufruit[10].

La prohibition établie par les art. 450, al. 2, et 1596, frappe le cotuteur, le protuteur, et le tuteur officieux, tout comme le tu-

[5] Voy. sur cette proposition : § 209, texte, lett. *C*, notes 95 et 96.

[6] Ordonnance du 1er août 1827 pour l'exécution du Code forestier, art. 31. L'infraction à cette prohibition n'est punie que de la révocation de l'agent contrevenant ; elle n'entraîne pas la nullité de la vente.

[7] De Fréminville, *De la minorité*, II, 791. Demolombe, VII, 751 et 752. Paris, 28 janvier 1826, Sir., 26, 2, 234. Voy. en sens contraire : Colmar, 16 février 1808, Sir., 10, 2, 565.

[8] Duvergier, sur Toullier, II, 1231. Demolombe, VII, 753. Toulouse, 4 février 1825, Sir., 25, 2, 147.

[9] Duranton, III, 599. Valette sur Proudhon, II, p. 397, note *a*. Duvergier, sur Toullier, II, 1231, note *e*. Demante, *Cours*, II, 206 *bis*, II.

[10] Paris, 12 avril 1856, Sir., 56, 2, 406. Montpellier, 10 juin 1862, Sir., 62, 2, 401.

teur ordinaire [11]; mais elle ne saurait s'étendre au subrogé tuteur [12].

Elle est également étrangère au curateur du mineur émancipé, et au conseil judiciaire [13]. Toutefois, si le conseil judiciaire s'était rendu adjudicataire ou acquéreur d'immeubles appartenant à la personne qu'il est chargé d'assister, sans qu'au préalable il eût été remplacé par un conseil judiciaire *ad hoc*, la vente serait nulle pour défaut d'assistance.

La loi défend également :

β. Aux mandataires, d'acheter les biens qu'ils sont chargés de vendre pour le compte de leurs commettants [14].

γ. Aux administrateurs d'une commune ou d'un établissement public, d'acheter les biens confiés à leur administration.

δ. Aux officiers ou fonctionnaires publics, d'acheter les biens nationaux dont la vente se fait par leur ministère.

ε. Aux avoués, de se rendre adjudicataires, pour eux-mêmes, des biens dont ils sont chargés de poursuivre la vente judiciaire [15].

[11] Duvergier, I, 188. De Fréminville, *De la minorité*, I, 164. Zachariæ, § 116, note 2; et § 351, note 6. Limoges, 3 mars 1822, Sir., 22, 2, 265. Paris, 28 février 1826, Sir., 26, 2, 234.

[12] Le rapprochement des art. 1594 et 1596 prouve, jusqu'à l'évidence, que les incapacités prononcées par le dernier de ces articles sont essentiellement limitatives. On ne peut donc étendre au subrogé tuteur, la prohibition dont se trouve frappé le tuteur. En vain dirait-on que, d'après les art. 452 et 459 du Code Napoléon, les ventes de biens meubles ou immeubles appartenant au mineur doivent avoir lieu en présence du subrogé tuteur. Il résulte, en effet, de l'art. 962 du Code de procédure, que si le subrogé tuteur doit être appelé à la vente, son intervention n'est cependant pas indispensable pour la validité de l'adjudication, à laquelle il peut être procédé tant en son absence qu'en sa présence. Rien ne s'oppose, dès lors, à ce qu'il se rende adjudicataire. Duranton, XVI, 134. Duvergier, I, 188. Zachariæ, § 351, note 6. Riom, 4 avril 1829, Sir., 37, 1, 114. Bordeaux, 30 mai 1840, Sir., 40, 2, 367. Civ. cass., 21 décembre 1852, Sir., 53, 1, 13. Agen, 13 juin 1853. Sir., 53, 2, 390. Cpr. Delvincourt, III, p. 126. Troplong, I, 187. Voy. en sens contraire : Magnin, *Des minorités*, II, 1185; De Fréminville, *De la minorité*, I, 164; Demolombe, VII, 375; Lyon, 7 décembre 1821, Sir., 26, 1, 200; Riom, 25 février 1843, Sir., 43, 2, 217.

[13] Duranton, XVI, 135 et 136. Duvergier, I, 188. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. Troplong, I, 187. Voy. en sens contraire : Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Vente judiciaire, n° 131; de Fréminville, *De la minorité*, I, 164.

[14] Cette prohibition ne s'applique pas aux mandataires, quant aux biens qu'ils sont simplement chargés de gérer et d'administrer. Req. rej., 8 décembre 1862, Sir., 63, 1, 310.

ζ. Enfin, la loi défend aux avoués de se rendre, en cas d'expropriation forcée, adjudicataires pour le saisi[16], pour une personne notoirement insolvable, ou pour les juges, juges suppléants, officiers du ministère public, et greffiers du tribunal où se poursuit la vente. Code de procédure, art. 711.

Les ventes passées au mépris des prohibitions établies par l'art. 1596 du Code Napoléon et par les art. 711, 963 et 988 du Code de procédure sont nulles, soient qu'elles aient été faites directement aux incapables, ou qu'elles leur aient été faites indirectement, et au moyen de personnes interposées[17]. Elles ne pourraient être maintenues par le motif qu'elles se trouveraient être avantageuses au vendeur[18]. Du reste, la nullité dont elles sont entachées n'est que relative, et ne peut être proposée par les personnes contre lesquels est établie la prohibition d'acheter[19].

c. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux[20], que dans les trois cas suivants (art. 1595) :

[15] Code de procédure, art. 711, 964, 988, et arg. de ces articles.

[16] Rien n'empêche qu'un avoué ne se rende adjudicataire pour l'époux du saisi, même commun en biens, ou pour ses enfants. Delvincourt, III, p. 127. Troplong, I, 192. Besançon, 12 mars 1811. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III. Bordeaux, 21 février 1829, Sir., 29, 2, 264. Voy. cep. Aix, 27 avril 1809, Sir., 9, 2, 237 ; Bruxelles, 24 mars 1812, Sir., 14, 2, 78. — La prohibition dont il s'agit ici ne concerne pas le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, dont l'expropriation est poursuivie contre lui. Delvincourt, *loc. cit.* Persil, *Quest. hyp.*, II, p. 377. Duranton, XX, 242. Persil, *De la vente des biens immeubles*, n° 271. Voy. en sens contraire : Carré et Chauveau, *Quest.*, 2395 ; Bruxelles, 15 avril 1809, Sir., 14, 2, 62. Elle est également inapplicable à l'héritier bénéficiaire, qui peut se rendre adjudicataire des biens héréditaires dont l'expropriation est poursuivie contre lui. Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 806, n° 7. Duvergier, I, 190. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, III, 2019. Voy. en sens contraire ; Pau, 2 août 1844, Sir., 45, 2, 476.

[17] La question de savoir si celui qui figure comme acheteur n'est qu'une personne interposée est entièrement abandonnée à l'arbitrage du juge. Les présomptions légales d'interposition de personnes, que les art. 911 et 1100 établissent en matière de donation, ne s'appliquent pas, comme telles, en matière de vente. Duranton, XVI, 138. Troplong, I, 193. Duvergier, I, 193. Zachariæ, § 351, note 9. Bordeaux, 21 février 1829, Sir., 29, 2, 264. Civ. rej., 4 avril 1837, Sir., 37, 1, 332. Req. rej., 3 avril 1838, Sir., 38, 1, 368.

[18] Cpr. Civ. cass. 26 août 1807, Sir., 7, 1, 437.

[19] Duranton, XVI, 139. Troplong, I, 194. Zachariæ, § 351, texte et note 13. Orléans, 11 février 1841, *Pal.*, 41, 1, 383.

[20] Cette prohibition est fondée sur ce qu'il serait trop facile aux époux, soit

α. Lorsque, par suite de séparation de biens judiciaire, l'un des époux cède des biens à l'autre en paiement de ses droits[21].

β. Lorsque, abstraction faite du cas de séparation de biens judiciaire, le mari a un motif légitime de céder des biens à sa femme[22]. C'est ce qui a lieu toutes les fois qu'il est, à un titre quelconque, débiteur envers celle-ci de sommes susceptibles d'un remboursement actuel, et notamment dans le cas où il est dû à la femme remploi d'immeubles ou de deniers à elles propres, aliénés ou touchés par le mari[23]. La dot, au contraire, dont le mari ne doit la restitution à la femme qu'à la dissolution du mariage ou après séparation de biens, ne constitue pas une cause légitime de vente au profit de cette dernière[24].

de se faire, à l'aide de ventes simulées, des libéralités excédant la quotité disponible, soit d'imprimer à ces libéralités un caractère d'irrévocabilité que la loi leur refuse, soit de soustraire les biens de l'un ou de l'autre à l'action de leurs créanciers respectifs. — Elle ne s'applique pas aux ventes passées entre futurs conjoints, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration. Zachariæ, § 351, note 14, *in fine*. Bordeaux, 30 janvier 1834, Sir., 34, 2, 281. Mais de pareilles ventes pourraient, le cas échéant, être arguées de nullité, pour contravention à l'art. 1396. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533. Agen, 17 août 1837, Sir., 38, 2, 122.

[21] Cpr. Grenoble, 1er juin 1865, Sir., 65, 2, 332.

[22] Il n'existe pas, dans ce cas, de réciprocité entre le mari et la femme, celle-ci ne peut passer vente au mari que dans les circonstances indiquées par les nos 1 et 3 de l'art. 1595.

[23] L'art. 1595, n° 2, n'est pas limitatif; il se borne à expliquer, à l'aide d'un exemple, ce qu'il faut entendre ici par cause légitime. Duranton, XVI, 149, Troplong, I, 180. Duvergier, I, 179. Zachariæ, § 351, texte, notes 16 et 17. Paris, 21 janvier 1814, Sir., 15, 2, 16. Req. rej., 23 août 1825, Sir., 26, 1, 379. Bordeaux, 1er décembre 1829, Sir., 30, 2, 66. Agen, 4 décembre 1854, Sir., 55, 2, 62. Poitiers, 11 août 1863, Sir., 65, 2, 302. Voy. cep. Grenoble, 26 mars 1832, Sir. 33, 2, 152. — Mais, quoique les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la légitimité de la cause à raison de laquelle la vente a été passée, il semble qu'ils devraient, en suivant l'analogie de l'exemple donné par la loi et l'esprit général des dispositions relatives aux ventes entre époux, n'admettre, comme causes légitimes de pareilles ventes, que des dettes préexistantes, et susceptibles d'un remboursement actuel. Duvergier et Troplong, *locc. citt.* Paris, 18 mars 1814, Sir., 16, 2, 90. Grenoble, 24 mai 1867, Sir., 68, 2, 104. Voy. aussi les arrêts cités à la note suivante.

[24] Zachariæ, § 351, note 15. Grenoble, 24 janvier 1826, Dalloz, 1826, 2, 155. Grenoble, 8 mars 1831, Sir., 32, 2, 55. Grenoble, 26 mars 1832, Sir., 33, 2, 152. Req. rej., 24 juin 1839, Sir., 39, 1, 596. Grenoble, 10 juillet 1841,

γ. Lorsque la femme mariée sous un régime simplement exclusif de communauté, ou sous le régime dotal [25], cède des biens à son mari en paiement de la dot qu'elle lui avait promise [26].

Dans les trois cas qui viennent d'être indiqués, la vente entre époux peut avoir pour objet des meubles, aussi bien que des immeubles [27].

Le mari, autorisé à passer vente à sa femme, conformément au nº 2 de l'art. 1595, peut lui céder des biens de communauté, tout comme des biens propres [28].

Lorsqu'une vente passée entre époux, dans une des hypothèses où elle était permise, contient un avantage indirect au profit de l'un d'eux, les héritiers à réserve de l'autre sont autorisés à demander la réduction de cet avantage à la mesure de la portion disponible [29]. Mais les créanciers de l'époux vendeur ne seraient pas admis à critiquer une vente entre époux, à raison d'une différence existant entre la véritable valeur des objets vendus et le prix de vente, si cette différence était trop peu sensible pour dénoter de la part du vendeur l'intention de faire une libéralité au détriment de ses créanciers [30].

Les ventes consenties entre époux hors des hypothèses prévues par l'art. 1595, sont nulles ; et la nullité peut en être proposée.

Sir., 42, 2, 8. Caen, 4 janvier 1851, Dalloz, 1854, 2, 48. Req. rej., 28 novembre 1855, Sir., 56, 1, 680. Voy. aussi : Bourges, 14 mars 1853, Sir., 53, 2, 512.

[25] Les expressions du nº 3 de l'art. 1595, *lorsqu'il y a exclusion de communauté*, comprennent évidemment le régime dotal. Toullier, XII, 41. Duranton, XVI, 150. Troplong, I, 181. Duvergier, I, 181. Zachariæ, § 351, texte et note 18.

[26] La loi ne permet la vente que pour le paiement de la dot. Si la femme était débitrice de son mari pour des causes antérieures au mariage, elle ne serait pas, par ce motif, autorisée à lui passer vente. Troplong, I, 182. Duvergier, I, 182.

[27] Req. rej., 9 mars 1837, Sir., 37, 1, 623. Poitiers, 11 août 1863, Sir., 65, 2, 302. Nancy, 5 novembre, 1868, Sir., 69, 2, 55.

[28] Toullier, XII, 366. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 514. Zachariæ, § 351, note 17, *in fine*. Req. rej., 9 mars 1837, Sir., 37, 1, 623. Voy. en sens contraire : Battur, *De la communauté*, I, 589.

[29] Le dernier alinéa de l'art. 1595 ne s'applique qu'aux héritiers à réserve. Duranton, XVI, 151. Troplong, I, 183. Duvergier, I, 185. Zachariæ, § 351, texte et note 19.

[30] Req. rej., 11 mai 1868, Sir., 68, 1, 432. Nancy, 25 juillet 1868, Sir., 69, 2, 86. Cpr. Req. rej., 24 juin 1839, Sir., 39, 1, 596.

tant par les époux eux-mêmes, que par leurs héritiers et leurs créanciers [31]. Les héritiers jouissent de l'action en nullité, qu'ils aient ou non droit à une réserve ; les créanciers sont admis à la former, encore que leurs créances soient d'une date postérieure à la vente, et sans être tenus de prouver qu'elle est entachée de fraude. On ne pourrait, pour écarter l'action des héritiers non réservataires ou des créanciers postérieurs, attribuer à la vente le caractère et les effets d'une donation déguisée [32].

3° *Des choses qui peuvent être l'objet du contrat de vente.*

Tout ce qui est dans le commerce, peut être l'objet d'une vente. Article 1598. Ce principe s'applique même aux choses futures, c'est-à-dire à celles qui n'existent encore qu'en espérance, par exemple, aux fruits à naître d'un fonds de terre [33], ou

[31] Bien qu'à la différence des art. 1596 et 1597, l'art. 1595 ne prononce pas textuellement la nullité des ventes prohibées dont il s'occupe, cette nullité n'en résulte pas moins, d'une manière virtuelle, et de la rédaction essentiellement prohibitive de cet article, et des motifs sur lesquels il est fondé. D'un autre côté, la prohibition prononcée par l'art. 1595 étant également établie dans l'intérêt des époux eux-mêmes, et dans celui de leurs héritiers ou créanciers, la nullité attachée à la violation de cette prohibition, doit pouvoir être proposée par ces trois classes de personnes. Cpr. note 20 *supra*.

[32] On admet assez généralement que les ventes consenties entre époux hors des hypothèses prévues par l'art. 1595, quoique nulles comme telles, peuvent valoir comme donations déguisées, lorsqu'elles couvrent une libéralité que l'un des époux a voulu faire à l'autre. Voy. en ce sens : Toullier, XII, 41 ; Troplong, I, 185 ; Duvergier, I, 183 et 184 ; Zachariæ, II, § 351, note 14. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. La jurisprudence suivant laquelle les donations déguisées sous forme de contrats à titre onéreux sont valables, ne peut, d'après les motifs mêmes sur lesquels elle repose, recevoir son application qu'au cas où les actes qui renferment de pareilles donations, sont eux-mêmes valables eu égard à leur caractère apparent, ce qui ne se rencontre pas dans notre hypothèse. Par cela même que la loi prohibe la vente entre époux, elle leur enlève la faculté de se faire une donation sous forme de vente. Voy. aussi : art. 1099 et 1395. Duranton, XVI, 153 et 154. Cpr. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533.

[33] Dans les ventes de récoltes, il faut distinguer si les parties ont entendu faire une vente entièrement aléatoire, en traitant *de spe fructuum nasciturorum*, ou si elles ont voulu traiter d'une récolte à venir, en n'admettant de chances que pour le plus ou le moins de fruits. Au premier cas, la vente est pure et simple, et l'acheteur est obligé de payer le prix, quand même la récolte manquerait entièrement. Au second cas, la vente est subordonnée à la condition que la récolte

encore au produit d'un coup de filet. Article 1130, alinéa 1[34].

Des dispositions spéciales ont cependant défendu la vente de certaines choses. Ainsi, la loi prohibe la vente des blés en vert[35], des armes ou munitions de guerre et des effets d'équipement militaire[36], des remèdes secrets[37], et du gibier pendant le temps où, dans chaque département, la chasse est prohibée[38].

D'un autre côté, le débit de certaines denrées ou marchandises, telles que le tabac[39], les cartes à jouer[40], la poudre[41], les substances vénéneuses[42], n'est permis qu'à certaines personnes, et sous certaines conditions.

donnera quelques produits. Dans le doute, on doit présumer que les parties ont voulu faire une vente de la seconde espèce. Toullier, VI, 503. Duranton, X, 301; XVI, 172. Troplong, I, 204. Cpr. Lyon, 18 mai 1854, Sir., 54, 2, 426.

[34] Voy. cep. art. 791, 1130, al. 2, et 1600; § 344, textes et notes 13 à 23.

[35] Lois des 6 et 23 messidor an III. Merlin, *Rép.*, v° Vente, § 1, art. 1, n° 6. Toullier, VI, 118. Duranton, XVI, 160 et 161. Troplong, I, 123. Duvergier, I, 232. Coin-Delisle, *Revue critique*, 1859, XV, p. 17 et suiv. Larombière, I, art. 1128, n° 25. Alençon, 26 novembre 1833, Sir., 35, 2, 243. Montpellier, 4 mai 1842, Sir., 43, 2, 349. Bourges, 6 janvier 1844, Sir., 45, 2, 522. Toulouse, 12 décembre 1846, et Orléans, 9 novembre 1847, Sir., 47, 2, 652. Crim. cass., 12 mai 1848, Sir., 48, 1, 416. Crim. cass., 7 décembre 1854, Sir., 54, 1, 752. Crim. rej., 8 février 1856, Sir., 56, 1, 560. Bourges, 28 janvier 1867, Sir., 67, 2, 252. Voy. en sens contraire : Agen, 2 août 1830, Sir., 32, 2, 126.— Il semble, du reste, qu'une vente de blés en vert, passée par un mari à sa femme, judiciairement séparée de biens, pour la couvrir de ses reprises, devrait être maintenue. Orléans, 2 mars 1849, Sir., 49, 2, 463. Une pareille vente devrait également être maintenue, si elle avait été passée par un débiteur à son créancier, ou même à un tiers pour payer ce dernier. Demolombe, XXIV, 332. Montbrison, 21 juillet 1847, Sir., 47, 2, 453.

[36] Loi du 28 mars 1793, art. 5, cbn. Loi des 19-22 juillet 1791, tit. II, art. 33. Loi du 24 mai 1834 sur les détenteurs d'armes ou munitions de guerre. Loi du 14 juillet 1860 sur la fabrication et le commerce des armes de guerre. Décret du 6 mars 1861, rendu en exécution de cette loi. Crim. cass., 17 juillet 1834, Sir., 34, 1, 768. Crim. cass., 9 février 1837, Sir., 38, 1, 66.

[37] Loi du 21 germinal an XI, art. 32 et 36. Cpr. Décrets du 18 août 1810 et du 3 mai 1852.

[38] Loi du 3 mai 1844, art. 4, et art. 12, n° 4.

[39] Cpr. sur le monopole du tabac, les lois citées à la note 18 du § 193.

[40] Loi du 28 avril 1816, *partie des contributions indirectes*, art. 160 à 171.

[41] Loi du 13 fructidor an V. Ordonnance du 25 mars 1818. Ordonnance du 19 juillet 1829.

[42] Loi du 19 juillet 1845. Ordonnance du 29 octobre 1846.

Enfin, la loi déclare nulle la vente de la chose d'autrui[43]. Art. 1599. Cette nullité peut être proposée, sous forme d'exception, non-seulement par l'acheteur actionné en paiement du prix, mais encore par le vendeur actionné en délivrance[44]. Dans l'un et l'autre cas, le vendeur, même de bonne foi[45], pourrait être condamné à des dommages-intérêts, si l'acheteur avait ignoré le vice de la vente[46].

L'acheteur de bonne foi peut aussi, quoiqu'il ait été mis en

[43] L'ancien Droit français admettait, avec le Droit romain, la validité, entre les parties, de la vente de la chose d'autrui, par la raison que le vendeur était censé contracter, non pas précisément l'engagement de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, mais plutôt celui de lui délivrer cette chose, et de lui en garantir la possession. Pothier, n° 1. Cpr. Civ. cass., 12 août 1812, Sir., 13, 1, 9. Les rédacteurs du Code ont cru devoir rejeter cette doctrine, comme reposant sur une subtilité contraire à l'intention des parties contractantes et à l'objet du contrat de vente. Ils sont partis de l'idée que la transmission immédiate de la propriété est la fin directe et principale du contrat de vente, pour en conclure que cette transmission étant impossible lorsque la chose vendue n'appartient pas au vendeur, la vente de la chose d'autrui devait, par cela même, être déclarée nulle. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* et *Rapport au Tribunat*, par Faure (Locré, *Lég.*, XIV. p. 31, n° 21, p. 196, n° 18). Quelle que soit la valeur juridique de cette nouvelle théorie, il est à regretter qu'on n'ait pas déterminé, d'une manière plus précise, le caractère et les effets de la nullité prononcée par l'art. 1599.

[44] Marcadé, sur l'art. 1599, n° 2. Leligois, *Revue critique*, 1869, XXXV, p. 25, n° 6. Zachariæ, § 351, texte et note 24.— M. Duvergier (I, 220) pense que le vendeur ne peut proposer la nullité de la vente qu'autant qu'il a été de bonne foi en vendant. MM. Merlin (*Quest.*, v° Hypothèques, § 4 *bis*, n° 6), Troplong (I, 238) et Larombière (I, art. 1138, n° 28) vont encore plus loin ; ils enseignent que la nullité de la vente de la chose d'autrui est purement relative, et ne peut jamais être invoquée par le vendeur. Ces opinions nous semblent également en opposition avec le motif sur lequel repose la nullité de la vente de la chose d'autrui. Les auteurs qui les ont émises n'ont, d'ailleurs, pas distingué avec assez de soin les différentes positions dans lesquelles peuvent se trouver le vendeur et l'acheteur, et la forme sous laquelle l'un ou l'autre propose la nullité de la vente.

[45] *Lex non distinguit*. Voy. aussi : art. 1147, 1630, 1633 et 1634 cbn. 1635 ; § 355, texte n° 2. Troplong, I, 231. Voy. en sens contraire : Duvergier, I, 218. Cet auteur invoque à tort l'art. 1382, qui est étranger aux fautes contractuelles.

[46] Celui qui achète sciemment la chose d'autrui, ne peut avoir droit à des dommages-intérêts, et ne serait pas admis notamment à réclamer le remboursement des frais et loyaux-coûts du contrat. Pau, 25 février 1868, Sir., 68, 2, 73.

possession et qu'il n'ait encore éprouvé aucun trouble, provoquer, par voie d'action principale, l'annulation de la vente et la restitution du prix avec ses accessoires; et cela, quand même le vendeur aurait été de bonne foi[47]. Le vendeur, au contraire, ne peut, après avoir effectué la délivrance, demander l'annulation de la vente et la restitution de la chose[48].

La nullité de la vente de la chose d'autrui n'est pas couverte par la ratification que le véritable propriétaire aurait donnée à la vente, ou par la circonstance que le vendeur serait ultérieurement devenu, comme successeur particulier, ou même comme successeur universel, propriétaire de la chose vendue[49].

[47] *Non obstat* art. 1653. Cet article n'a nullement pour objet de déroger à l'article 1599. Delvincourt. III, p. 130. Merlin, *Quest.*, v° Vente, § 11, n° 1. Duranton, X, 437 et XVI, 178. Troplong, I, 438. Duvergier, I, 220. Zachariæ, § 351, texte et note 26. Douai, 3 juillet 1846, Sir., 46, 2, 378. Il existe, sous ce rapport, une différence pratique fort importante entre le Droit français actuel et le Droit romain. Cpr. L. 30, § 1, *D. de act. empt. vend.* (19, 1).

[48] On opposerait au vendeur la maxime *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Le vendeur, que l'on suppose n'être pas propriétaire de la chose vendue, serait d'ailleurs sans qualité pour en demander la restitution. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 351, texte et note 27. Voy. en sens contraire : Leligois, *loc. cit.* Suivant ce dernier auteur, il y aurait contradiction à reconnaître au vendeur le droit de proposer la nullité de la vente, tant que la délivrance n'a pas eu lieu, et à le lui refuser, lorsqu'il l'a effectuée. Mais les deux situations sont toutes différentes : Au premier cas, le vendeur peut dire avec raison qu'il lui est impossible de faire la délivrance à titre de propriété, et qu'on ne saurait le contraindre à accomplir un acte qui l'exposerait à un recours en garantie. Au second cas, au contraire, rien ne s'oppose en droit à ce que le vendeur s'abstienne de tout acte de trouble, et l'on ne comprendrait pas que, soumis à garantie si l'acheteur était recherché par un tiers, il fût cependant admis à le troubler lui-même. Nous ajouterons que l'opinion de M. Leligois conduirait à cette singulière conséquence, que l'héritier pur et simple, propriétaire d'un immeuble aliéné par son auteur, pourrait, en demandant, du chef de ce dernier, la nullité de la vente, évincer l'acheteur.

[49] L'opinion émise au texte est rejetée, en principe, par la grande majorité des interprètes, et par une jurisprudence constante. Voy. Duranton, XVI, 179 ; Troplong, I, 236 et 237; Marcadé, sur l'art. 1599, n° 5 et 6; Zachariæ, § 351, texte *in fine*, notes 29 à 31; Riom, 28 avril 1827, Sir., 29, 2, 79; Civ. cass., 23 janvier 1832, Sir., 32, 1, 6666; Req. rej., 23 juillet 1835, Sir., 36, 1, 70; Amiens, 13 août 1840, Sir., 42, 2, 429 ; Agen, 17 décembre 1851, Sir., 52, 2, 392 ; Req. rej., 20 février 1855, Sir., 55, 1, 590. Il est même des auteurs qui enseignent que l'action ou l'exception de nullité, utilement introduite ou pro-

L'acheteur peut, malgré cela, demander, par voie d'exception, et même par voie d'action, l'annulation de la vente, à moins qu'il ne l'ait expressément ou tacitement confirmée, postérieurement à ces événements. Le vendeur, de son côté, pourrait, suivant les circonstances, être admis, même dans ces cas, à exciper de la nullité de la vente contre l'action en délivrance dirigée contre lui[50].

La nullité de la vente de la chose d'autrui se couvre par la prescription de dix ans, établie par l'art. 1304[51]. Mais cette pres-

posée, s'éteint ou devient sans objet, lorsque, dans le cours de l'instance, le véritable propriétaire ratifie la vente, ou lorsque le vendeur acquiert la propriété de la chose vendue. Voy. en ce sens : Delvincourt, III, p. 131 et 132 ; Duvergier, I, 219 ; Larombière, I, art. 1138, n° 33. Mais voy. en sens contraire sur ce dernier point : Duranton, X, 438 et XVI, 178 ; Req. rej., 16 janvier 1810, Sir., 101, 204 ; Riom, 30 novembre 1813, Sir., 13, 2, 361 ; Civ. rej., 14 février 1837, Sir., 37, 1, 800 ; Agen, 13 juin 1866, Sir., 66, 2, 339. La doctrine d'après laquelle la nullité de la vente de la chose d'autrui se trouverait, indépendamment de tout consentement de l'acheteur, et même contre sa volonté, couverte, de plein droit, par la ratification du véritable propriétaire, ou par la circonstance que le vendeur serait devenu propriétaire de la chose vendue, n'est pas exacte en théorie. Voy. Toullier, VI, 132 ; Devilleneuve, *Observations*, Sir., 52, 2, 392 ; Leligois, *op. cit.*, p. 22 et suiv., n° 8. Il est, en effet, de principe, que les conditions nécessaires à la validité d'une convention doivent exister dès l'instant de sa formation, ou que, du moins, leur existence doit être indépendante du bon plaisir de l'une ou de l'autre des parties. Or, dans le système que nous combattons, il serait au pouvoir du vendeur, selon qu'il lui plairait ou non de prendre des arrangements avec le véritable propriétaire, d'effacer ou de laisser subsister la nullité dont la vente est entachée, ce qui nous paraît inadmissible. Toutefois, nous comprenons que l'opinion contraire à la nôtre ait prévalu dans la pratique, d'après cette considération de fait que la réclamation élevée par un acheteur qui n'a plus aucune éviction à craindre, ne se présente pas d'ordinaire sous un jour favorable.

[50] Il devrait du moins en être ainsi, lorsque le vendeur était de bonne foi, et que l'acquéreur connaissait le vice de la vente qu'il s'est fait passer.

[51] Troplong, I, 239. Duvergier, I, 221. Zachariæ, § 351, texte *in fine*, et note 32. Civ. cass., 23 janvier 1832, Sir., 32, 1, 666. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1599, n° 3; Leligois, *op. cit.*, p. 22, n° 7. Ces derniers auteurs n'admettent que la prescription de 30 ans, en se fondant sur ce que la vente de la chose d'autrui serait à considérer, non pas seulement comme annulable, mais comme non avenue. Cette opinion nous paraît excessive : la vente de la chose d'autrui réunit, en effet, tous les éléments essentiels à la formation d'un contrat de vente ; et si, contrairement aux principes du Droit romain, les rédacteurs du Code l'ont déclarée nulle, ce n'est pas une raison pour dire qu'ils

cription ne commence à courir que du jour où le vendeur est devenu propriétaire de la chose, ou du jour auquel le véritable propriétaire a ratifié la vente[52].

La nullité de la vente de la chose d'autrui se couvre également par l'usucapion de dix à vingt ans, accomplie au profit de l'acheteur. Mais, dans ce cas, l'ancien propriétaire est autorisé à réclamer du vendeur une indemnité égale à la valeur de l'immeuble dont il se trouve dépouillé par son fait; et ce, avec de plus amples dommages-intérêts, si ce dernier a été de mauvaise foi[53].

La disposition de l'art. 1599 est inapplicable à la vente de la chose d'autrui, contractée sous la condition suspensive de l'acquisition de cette chose par le vendeur, ainsi qu'à celle lors de laquelle ce dernier s'est porté fort pour le véritable propriétaire[54].

D'un autre côté, elle est étrangère à la vente de choses déterminées seulement quant à leur espèce, et aux ventes commerciales d'objets appartenant à un tiers, qu'il est au pouvoir et dans l'intention du vendeur de se procurer[55].

La disposition de l'art. 1599 ne s'applique même aux ventes de choses mobilières, déterminées dans leur individualité, qu'avec certaines modifications, qui résultent du principe : *En fait de meubles la possession vaut titre*[56]. Cpr. art. 2279.

La vente passée par l'un des copropriétaires, de la totalité

l'aient considérée comme non avenue. Ce qui prouve d'ailleurs le contraire, c'est que, de l'aveu de tous, une pareille vente forme un titre susceptible de servir de fondement à l'usucapion par 10 à 20 ans.

52 Les auteurs qui admettent, avec nous, la prescription de dix ans, la font courir du jour même du contrat. Mais il y a là une grave erreur : la prescription de l'art. 1304 reposant sur une confirmation présumée, ne peut commencer à courir que lorsque la confirmation devient possible.

53 Voy. § 218, texte n° 3, et note 45.

54 Cpr. art. 1120. Delvincourt, III, p. 132. Duvergier, I, 222. Duranton, XVI, 180. Troplong, I, 334. Zachariæ, § 351, texte et note 22. Turin, 17 avril 1811, Sir., 12, 2, 155. Limoges, 1er juillet 1822, Sir., 22, 2, 360. Paris, 25 août 1845, Sir., 46, 2, 161. Civ. rej., 8 janvier 1866, Sir., 66, 1, 99. Voy. cep. art. 1130.

55 *Rapport au Tribunal*, par Grenier (Locré, *Lég.*, XIV, p. 241 et 242, n° 15). Troplong, I, 232. Duvergier, I, 223.

56 Ainsi, par exemple, l'acheteur ne peut demander la nullité de la vente d'une chose mobilière, dont le vendeur lui a fait la délivrance, que dans les cas exceptionnels où il pourrait être exposé à une action en revendication de la part du légitime propriétaire. Zachariæ, § 351, texte et note 25.

d'une chose indivise, comme lui appartenant en entier, ne tombe pas d'une manière complète sous l'application de l'art. 1599 : elle est valable pour la part indivise du vendeur, et nulle pour celle de ses consorts[57]. Toutefois, l'acheteur peut en provoquer l'annulation pour le tout, lorsqu'il a ignoré l'existence de l'indivision, et que d'ailleurs il ne ressort pas des circonstances qu'il eût également acheté au cas même où il l'aurait connue[58].

Enfin, l'art. 1599 ne forme pas obstacle au maintien des ventes consenties par un héritier apparent au profit d'un acquéreur de bonne foi[59].

§ 352.

Des clauses spéciales qui peuvent être ajoutées au contrat de vente.

Les parties peuvent, à l'aide de clauses spéciales, subordonner à des conditions, suspensives ou résolutoires, et modifier de telle manière qu'elles jugent convenable, les obligations qui procèdent naturellement du contrat de vente[1]. Art. 1584.

Indépendamment du pacte commissoire, dont il a déjà été question au § 302, et sur lequel nous reviendrons au § 356, et du retrait conventionnel, qui sera spécialement traité au § 357[2], les principales clauses usitées en matière de vente sont les suivantes :

[57] Duvergier, I, 224. Troplong, I, 207. Civ. cass., 3 août 1819, Sir., 19, 1, 359. Cpr. cep. Zachariæ, § 351, note 23. Cet auteur semble écarter, d'une manière absolue, pour cette hypothèse, l'application de l'art. 1599.

[58] Duvergier, I, 224. Req. rej., 16 janvier 1810, Sir., 10, 1, 204. Poitiers, 16 avril 1822, Sir., 25, 2, 321.— Nous ferons remarquer que nous n'avons à nous occuper ici que des rapports du vendeur et de l'acheteur, et non de ceux de ces derniers avec les autres communistes, au regard desquels le sort de la vente reste subordonné aux résultats du partage.

[59] Cpr. pour le développement de cette proposition : § 616, texte n° 5.

[1] Cpr. Req. rej., 19 janvier 1859, Sir., 59, 1, 732, sur la clause par laquelle le vendeur d'effets mobiliers se réserve de retenir ces objets jusqu'au paiement du prix, et stipule, pour le cas de non-paiement, la faculté de les faire vendre aux risques et périls de l'acheteur.

[2] Le retrait conventionnel (pacte de rachat ou de réméré, art. 1659 à 1673) est le seul que nous ayons à mentionner ici. Le retrait successoral (art. 841), le retrait d'indivision accordé à la femme dans le cas prévu par l'art. 1408, et le retrait de droits litigieux (art. 1699), ne modifient pas, entre les parties, les effets de la vente. Voy. Merlin, *Rép.*, v° Retrait, quant aux autres retraits qu'avait admis l'ancienne jurisprudence.

a. La clause appelée *pactum addictionis in diem*, dont l'objet est de réserver au vendeur la faculté de se départir de la vente, au cas où il trouverait, dans un délai déterminé, un autre acheteur qui lui ferait des conditions plus avantageuses[3].

b. La clause connue sous le nom de *pactum displicentiæ*, au moyen de laquelle l'une ou l'autre des parties se réserve la faculté absolue de se départir du contrat pendant un certain temps. Ce temps ne paraît pas pouvoir être étendu au delà de cinq années[4].

c. Le pacte de préférence (*pactum protimiseos*). Cette clause, par laquelle le vendeur stipule qu'il sera préféré, à prix égal, à toute autre personne, au cas où l'acquéreur se déciderait à revendre la chose par lui acquise, n'engendre qu'un droit personnel. Si donc, au mépris de son engagement, l'acquéreur revendait la chose à un tiers, le vendeur ne jouirait pas contre ce dernier de l'action en revendication, et ne pourrait exercer qu'une action en dommages-intérêts contre l'acquéreur[5].

Les effets de ces dernières clauses, dont le Code ne s'est pas spécialement occupé, se déterminent, du reste, d'après les principes qui régissent les contrats innommés et les obligations conditionnelles[6].

§ 353.

Des obligations qui dérivent du contrat de vente, en général.

Le vendeur est tenu de délivrer la chose vendue et d'en garantir la paisible possession. Art. 1603.

Il est de plus responsable des défauts cachés dont elle peut être entachée. Art. 1625.

L'acheteur est tenu de recevoir ou d'enlever la chose vendue, et d'en payer le prix au temps et au lieu convenus. Art. 1650.

Il doit, en outre, supporter, à moins de convention contraire,

[3] Cpr. D. *de in diem addictione* (13, 2); Pothier, n°s 446 et suiv.

[4] Arg. art. 1660. Zachariæ, § 352, note 5.

[5] Duvergier, I, 13. Zachariæ, § 352, note 3. Colmar, 5 fructidor an XIII, 5, 2, 322. Toulouse, 6 novembre 1825, Sir., 26, 2, 277. Cpr. Req. rej., 9 juillet 1834, Sir., 34, 1, 741; Limoges, 1er juillet 1840, Sir., 41, 2, 8. Voy. en sens contraire : Larombière, I, art. 1138, n° 16; Riom, 30 juin 1843, Sir., 44, 2, 343.

[6] Arg. art. 1660. Zachariæ, § 352, note 5.

les frais de passation de l'acte de vente, ainsi que ceux d'enregistrement[1] et de transcription[2]. Art. 1593.

Lorsque les termes d'un contrat de vente sont obscurs ou équivoques, et qu'il n'existe pas d'autres moyens d'interprétation pour en déterminer le sens et la portée, le doute qui en résulte doit être résolu contre le vendeur, et en faveur de l'acheteur. Art. 1602[3].

§ 354.

Des obligations du vendeur en particulier. — De l'obligation de délivrance.

La délivrance, en matière de vente[1], est le transport de la chose vendue en la puissance de l'acheteur. Art. 1604.

[1] Loi du 22 frimaire an VII, art. 31. Civ. cass., 30 juin 1813, Sir., 20, 1, 549. Cependant les droits d'enregistrement pourraient, dans certains cas, être mis à la charge du vendeur. Cpr. Req. rej., 21 juin 1827, Sir., 27, 1, 468; Req. rej., 9 février 1832, Sir., 32, 1, 844; Amiens, 18 août 1838, Sir., 38, 2, 509; Req. rej., 6 avril 1840, Sir., 40, 1, 294.

[2] Art. 2155. Mais les frais de purge sont, en général, à la charge du vendeur. Voy. § 293 *bis*, texte n° 3, *in fine*, et notes 35 à 37.

[3] A la règle d'interprétation posée par l'art. 1162, et qui serait favorable tantôt à l'acheteur et tantôt au vendeur, selon qu'il s'agirait des obligations de l'un ou de celles de l'autre, l'art. 1602 substitue une règle qui fait toujours pencher la balance contre le vendeur, même dans le cas où le doute s'élève sur l'étendue des engagements qu'il a contractés. Cette disposition est fondée sur ce que le vendeur, qui connaît, en général, mieux que l'acheteur, l'état de la chose à vendre, doit s'imputer de n'avoir pas expliqué avec précision ce à quoi il entendait s'obliger. Du reste, l'art. 1602 ne doit, comme l'art. 1162, être appliqué qu'à défaut des autres règles d'interprétation développées au § 347. D'un autre côté, il ne s'étend pas aux clauses exceptionnelles que l'acheteur a stipulées dans son intérêt. Grenier, *Discours au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 242 et 249, n° 17). Merlin, *Quest.*, v° Vente, § 10. Duranton, X, 519. Troplong, I, 257 et suiv. Zachariæ, § 353, note 1re. Cpr. Bruxelles, 9 mars 1811, Sir., 11, 2, 321.

[1] L'obligation de délivrer une chose peut résulter de conventions qui ne confèrent que des droits personnels, aussi bien que de contrats translatifs de droits réels. Cpr. art. 1719; § 299, texte C, notes 3 et 5. La délivrance qui doit être faite en vertu de contrats translatifs de propriété est plus spécialement appelée *tradition*. Les dispositions des art. 1604 et suiv., quoique placées sous le titre *De la vente*, s'étendent à toute espèce de tradition en général. Zachariæ, § 454, note 2. Mais elles ne doivent pas être appliquées indistinctement à la délivrance à faire par suite de conventions qui ne confèrent que des droits personnels. Cpr. § 299, texte C et note 6.

La délivrance des immeubles se consomme par le délaissement qu'en fait le vendeur, avec remise des titres de propriété, et de plus, lorsqu'il s'agit d'un bâtiment, avec remise des clefs[2]. Art. 1605. Elle n'exige, de la part du vendeur, aucun signe ou symbole extérieur, propre à manifester son intention de délaisser la possession au profit de l'acheteur[3]. Art. 1605.

La délivrance des choses mobilières s'effectue par la tradition manuelle que le vendeur en fait à l'acheteur, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent[4], sans qu'il soit nécessaire que cette remise ait lieu dans la proximité de ces bâtiments. Art. 1606. Les actes indiqués dans cet article ne sont pas les seuls d'où résulte la délivrance, qui peut également s'effectuer à l'aide d'autres faits ou actes d'une nature analogue, par exemple, au moyen de l'apposition, sur la chose vendue, du sceau ou de la marque de l'acheteur, faite du consentement du vendeur[5]. D'un autre côté, lorsqu'il s'agit de marchandises qui se trouvent, ou déposées dans un lieu public, ou en cours de voyage, la délivrance peut également s'en faire par le transfert de l'acte de dépôt ou du connaissement[6].

La délivrance, soit d'immeubles, soit de meubles, s'opère même par le seul consentement des parties, au moyen des faits conventionnels connus sous le nom de tradition *brevi manu* et de constitut possessoire[7].

[2] Il n'est pas exact de dire que l'obligation de délivrer un immeuble soit remplie par la seule remise *des titres ou des clefs*. Si le vendeur, après avoir fait cette remise, se maintient en possession de l'immeuble, il ne peut être considéré comme ayant effectué la délivrance. L'art. 1605 est donc, sous ce rapport, rédigé d'une manière vicieuse. Cpr. aussi note 20 *infra*.

[3] L'art. 1605 n'exige pas la remise des titres et des clefs, comme un acte symbolique, destiné à tenir lieu de délivrance, mais comme un complément indispensable de la délivrance, sans lequel la chose ne se trouverait pas pleinement en la puissance de l'acheteur.

[4] Cpr. Lyon, 9 avril 1851, Sir., 51, 2, 1.

[5] L'énumération que renferme l'art. 1606 ne saurait être considérée comme limitative : il est impossible, en raison de la variété des circonstances qui peuvent se présenter, d'indiquer tous les actes au moyen desquels la tradition est susceptible de se consommer. Duvergier, I, 249. Troplong, I, 282 et 283. Duranton, XVI, 96. Zachariæ, § 353, note 5. Civ. rej., 15 janvier 1828, Dalloz, 1828, 1, 90. Rouen, 23 mars 1844, Sir., 45, 2, 137. Besançon, 14 décembre 1864, 16 et 17 janvier et 27 février 1865, Sir., 65, 2, 127 et 128.

[6] Troplong, *Du nantissement*, n°s 308, 324 et suiv.

[7] Voy. § 179, texte et notes 5 à 8.

La délivrance de choses mobilières, en particulier, s'opère encore par le seul consentement des parties, lorsque l'enlèvement ou le transport ne peut en être fait au moment de la vente[8]. Art. 1606.

De quelque manière qu'ait eu lieu la délivrance d'un immeuble, elle confère à l'acheteur une possession susceptible de produire tous les effets indiqués au § 186.

Mais la délivrance d'une chose mobilière ne transmet à l'acheteur une possession *réelle*, dans le sens de l'art. 1141, qu'autant qu'elle a eu lieu par l'un des modes énumérés en l'art. 1606, ou par des actes analogues[9]. Ainsi, en fait de meubles, le constitut possessoire n'investit pas l'acheteur de la possession des choses vendues, à l'égard d'un second acquéreur de bonne foi[10]. Ce dernier sera préféré, s'il a été mis en possession réelle.

Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, à moins qu'il n'y ait eu, pour les uns ou pour les autres, stipulation contraire[11]. Art. 1608.

La délivrance doit se faire au lieu convenu entre les parties, et, lorsque la convention est muette à cet égard, au lieu où la chose vendue se trouvait à l'époque de la vente. Art. 1609. Cpr. art. 1247.

La délivrance doit avoir lieu dans le délai fixé par la convention. Toutefois, le vendeur peut se dispenser de livrer la chose vendue,

[8] Il faut, pour l'application de cette règle, qu'il y ait, au moment de la vente, impossibilité objective ou absolue de déplacer les choses vendues, comme cela a lieu, par exemple, dans la vente de récoltes sur pied. Une impossibilité simplement relative, par exemple, celle qui se rencontre dans les ventes de choses déposées en un lieu éloigné de celui où le marché est conclu, ne suffit pas pour faire considérer la délivrance, comme consommée par le seul consentement des parties. Voy. cep. Toullier, VII, 40.

[9] MM. Duranton (XVI, 191), Troplong (I, 281) et Duvergier (I, 253) enseignent même que la délivrance opérée par le seul consentement des parties, dans le cas où le transport de la chose vendue ne peut se faire au moment de la vente, ne confère jamais à l'acheteur une possession réelle. Cette opinion, qui ne tient pas compte de la distinction établie à la note précédente, nous paraît trop absolue.

[10] Duranton, XVI, 192. Troplong, I, 282. Larombière, I, art. 1141, n° 9. Demolombe, XXIV, 481. Cpr. § 349, texte *in fine*.

[11] C'est donc au vendeur à supporter les frais de mesurage et de pesage, et à l'acheteur, ceux d'emballage, de chargement, de transport, et les droits de circulation. Cpr. Delvincourt, sur l'art. 1606 ; Troplong, I, 289.

aussi longtemps que l'acheteur n'a pas soldé la totalité du prix, pour le paiement duquel il n'a pas obtenu de terme [12]. Dans le cas même où le prix aurait été stipulé payable à terme, le vendeur ne serait plus tenu à la délivrance, si, depuis la vente, l'acheteur était tombé en déconfiture ou en faillite, ou qu'il eût diminué par son fait les sûretés qu'il avait fournies, à moins qu'il n'offrît de donner caution pour le paiement du prix au terme convenu. Art. 1612 et 1613 cbn. 1188. Mais de simples soupçons sur la solvabilité de l'acheteur ne seraient pas suffisants pour autoriser le vendeur à suspendre la délivrance [13].

Lorsque le vendeur laisse écouler le délai fixé par la convention sans effectuer la délivrance, l'acheteur peut, après l'avoir constitué en demeure, demander, à son choix, et avec dommages-intérêts s'il y a lieu, sa mise en possession ou la résolution du contrat [14]. Art. 1610 et 1611. Cependant, si le vendeur a été empêché, par un cas fortuit ou de force majeure, d'effectuer la délivrance dans le temps convenu, ce retard ne saurait, en général, motiver contre lui, ni la résolution de la vente, ni même une demande en dommages-intérêts [15]. Le juge peut d'ailleurs, même en dehors de ce cas, surseoir à prononcer la résolution de la vente, en accordant au vendeur un délai pour la délivrance [16].

Le jugement qui ordonne la mise en possession de l'acheteur équivaut à délivrance, non-seulement à l'égard du vendeur, mais encore à l'égard des tiers. En cas de refus du vendeur de satisfaire à ce jugement, l'acheteur peut le faire mettre à exécution *manu militari* [17].

[12] Le délai de grâce ne produit pas à cet égard les mêmes effets que le terme de droit; le vendeur pourrait, pendant le délai de grâce, accordé à l'acheteur pour le paiement du prix, se dispenser de livrer la chose vendue. Duvergier, I, 271. Zachariæ, § 354, note 11.

[13] Civ. cass., 28 novembre 1861, Sir., 62, 1, 604.

[14] Civ. cass., 28 novembre 1843, Sir., 44, 1, 79.

[15] Art. 1148 et 1302. Troplong, I, 294. Duvergier, I, 265. Civ. rej., 8 octobre 1807, Sir., 8, 1, 95.

[16] Art. 1184. Bordeaux, 8 août 1829, Sir., 29, 2, 282. Civ. rej., 15 avril 1845, Sir., 45, 1, 345.

[17] L'art. 1142 n'est pas applicable à l'obligation de délivrer une chose déterminée dans son individualité. Cpr. § 299, texte C, notes 8 et 9. Maleville, sur l'art. 1610. Duranton, V, 393 et 395. Troplong, I, 293. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 151. Zachariæ, § 354, note 1re.

Le vendeur ne peut changer l'état de la chose vendue[18]. Il doit, jusqu'à la délivrance, apporter à sa conservation tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1136.

Il est tenu de délivrer, avec la chose vendue, tous les accessoires qui en dépendent[19], tels que les clefs des bâtiments, les titres de propriété[20], les accroissements que cette chose a reçus depuis la vente, et les fruits qu'il en a retirés depuis le moment fixé pour la délivrance. Art. 1614 et 1615.

Enfin, il doit délivrer la mesure indiquée au contrat, à moins qu'il n'ait été dispensé de cette obligation, ou qu'il ne soit constant que la chose a été vendue sans aucun égard à la mesure, malgré l'indication qui en a été donnée[21]. Art. 1616.

L'obligation de fournir la mesure convenue, est réglée d'une manière spéciale, pour les ventes d'immeubles, dans les hypothèses suivantes[22]:

1° Ventes, à raison de tant la mesure, d'un immeuble déterminé, dont la contenance et le prix total sont indiqués au contrat.

Dans une vente de cette nature, tout déficit ou tout excédant de contenance, quelque peu considérable qu'il soit, donne lieu à une

[18] C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 1614, qui, pris à la lettre, serait en opposition avec l'art. 1624 cbn. art. 1138 et 1245. Duranton, XVI, 208. Zachariæ, § 354, texte et note 13.

[19] Cpr. sur les accessoires de choses vendues : Pothier, *Introduction générale à la coutume d'Orléans*, nos 47 et 48 ; Troplong, I, 275 ; Merlin, *Rép.*, v° Accessoires et v° Achat, n° 15 ; Bordeaux, 24 juillet 1826, Sir., 27, 2, 7 ; Req. rej., 18 juillet 1826, Sir., 27, 1, 145 ; Toulouse, 1er juin 1827, Sir., 27, 2, 205 ; Bordeaux, 23 janvier 1828, Sir., 28, 2, 103 ; Pau, 28 mai 1831, Sir., 31, 2, 201 ; Paris, 8 février 1833, Sir., 33, 2, 420 ; Civ. cass., 12 avril 1843, Sir., 43, 2, 281.

[20] L'art. 1605 est encore, sous ce rapport (cpr. note 2 *supra*), rédigé d'une manière inexacte. On doit, malgré les termes alternatifs dans lesquels il est conçu, reconnaître à l'acheteur d'un bâtiment le droit de réclamer tout à la fois les clefs de ce bâtiment et les actes qui en constatent la propriété.

[21] Duvergier, I, 281.

[22] La loi ne s'occupe, ni des ventes, faites à tant la mesure, d'un certain nombre de mesures à prendre dans un champ, ni de celles d'immeubles déterminés, vendus également à tant la mesure, mais sans indication de la contenance et du prix total. Le prix, dans ces deux hypothèses, ne devant être fixé que par le mesurage, et eu égard au nombre de mesures, il ne peut être question, ni d'augmentation, ni de diminution de prix.

diminution ou à une augmentation proportionnelle de prix. Art. 1617 et 1618[23].

2° Ventes d'un immeuble déterminé, ou d'un corps de biens, avec indication de la contenance, moyennant un prix total fixé par le contrat, mais non à raison de tant la mesure. Art. 1619[24].

Les ventes de ce genre ne donnent lieu à une diminution ou à une augmentation de prix, que dans le cas où la différence de la contenance réelle à celle qui est indiquée au contrat, produit, eu égard au prix total de l'immeuble ou des immmeubles vendus, une différence de valeur d'un vingtième au moins.

Cette différence de valeur existe, ou doit être considérée comme existante, par cela seul qu'il y a une différence de contenance d'un vingtième, lorsque toutes les parties du fonds vendu sont de même qualité, ou que ces parties étant de nature diverse, la contenance de chacune d'elles n'a pas été indiquée séparément[25]. Mais, si la contenance de chacune des parties du fonds a été déclarée spécialement, et que ces parties soient d'ailleurs de qualités diverses, la différence de valeur ne suit plus la proportion de la différence de contenance[26].

Lorsque plusieurs fonds ont été vendus, par un seul et même

[23] La disposition finale de ce dernier article, *si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée*, ne se réfère qu'à la faculté d'option accordée à l'acheteur, en cas d'excédant de contenance, et non à l'action en supplément de prix, qui compète au vendeur, pour tout excédant de contenance quel qu'il soit. Duranton, XVI, 224. Zachariæ, § 354, texte et note 18.

[24] Les termes de l'art. 1619, *soit qu'elle commence par la mesure ou par la désignation de l'objet vendu suivi de la mesure (a corpore vel a mesura)*, ont pour objet de proscrire une distinction admise dans l'ancien Droit, et à laquelle se rattachait une controverse que le Code a voulu faire cesser. Maleville, sur l'art. 1619. Troplong, I, 338. Cpr. L. 42, D. *de act. empt. vend.* (19, 1) ; L. 45, D. *de evict.* (21, 2).

[25] Duvergier, I, 292 et 293.

[26] Ainsi, par exemple, en supposant qu'une vente ait pour objet un corps de biens dont la contenance déclarée soit, en terres labourables, de quarante hectares, et en vignes, de dix hectares, ensemble de cinquante hectares, et qu'il manque deux hectares de vignes, la différence de contenance ne sera que d'un vingt-cinquième ; mais, malgré cela, il y aura lieu à diminution du prix, si la valeur des deux hectares de vignes manquants, dépasse le vingtième de ce prix. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 56 à 58, nos 34 à 36). Duranton, XVI, 231. Troplong, I, 343. Duvergier, *loc. cit.* Zachariæ, § 354, texte et note 19.

contrat, pour un prix unique, avec désignation de la contenance de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance dans l'un et plus dans l'autre, on fait compensation entre la valeur de l'excédant et celle du déficit de contenance; de telle sorte, qu'il n'y a lieu à supplément ou à diminution de prix, qu'autant qu'il reste, après cette compensation, une différence de valeur d'un vingtième au moins. Art. 1623.

Lorsqu'il y a lieu à augmentation de prix pour excédant de mesure, l'acheteur a l'option, ou de payer le supplément de prix avec les intérêts depuis le jour de sa mise en jouissance[27], ou de se désister de la vente[28]. Il ne jouit, toutefois, de cette option, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1617, qu'autant que l'excédant est au-dessus du vingtième de la contenance déclarée. Si l'excédant était au-dessous du vingtième, il serait tenu de payer le supplément du prix. Art. 1618 et 1620.

Au contraire, en cas de déficit de contenance, l'acquéreur ne jouit pas de la faculté de se désister du contrat, et n'a, quelle que soit l'importance de ce déficit, que le droit de demander une diminution de prix[29]. Toutefois, l'acquéreur serait autorisé à provoquer la résolution de la vente, si l'immeuble avait été acheté pour une certaine destination, connue du vendeur, à laquelle le défaut de contenance le rendrait impropre[30].

L'acheteur qui use de la faculté de se désister du contrat, peut, dans tous les cas, exiger, outre la restitution du prix, celle des frais du contrat, et même des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Art. 1621 et arg. de cet article.

[27] Les intérêts du supplément ne sont dus, toutefois, qu'au cas où le prix convenu est productif d'intérêts. Duranton, XVI, 234. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 354, texte et note 22.

[28] Mais il ne pourrait exiger le retranchement de l'excédant. Troplong, I, 336. Duvergier, I, 296.

[29] *Discours du tribun Grenier au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 245, n° 21).

[30] Arg. art. 1636. Autre chose est la faculté de se désister du contrat, faculté qui est entièrement abandonnée à la volonté de l'acheteur; autre chose le droit de demander la résolution, dont l'exercice reste subordonné à l'appréciation du juge. On ne peut donc refuser ce droit à l'acheteur, par le seul motif qu'il ne jouit pas de la faculté de se désister. Ce serait conclure du plus au moins; ce qui est inadmissible, quand il s'agit d'une proposition négative. Delvincourt, III, p. 138. Duranton, XVI, 223. Duvergier, I, 286. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 330.

Les règles qui viennent d'être développées s'appliquent aux ventes forcées, comme aux ventes volontaires [31].

Elles peuvent, du reste, être modifiées ou neutralisées par des stipulations contraires [32].

La simple clause de *non-garantie de contenance*, stipulée dans une vente faite, avec indication de la contenance, et à raison de tant la mesure, conformément à l'art. 1617, n'empêcherait pas que le prix ne dût suivre exactement la proportion de la mesure. Mais elle pourrait, selon les circonstances, être envisagée comme ayant eu pour objet de refuser à l'acheteur, la faculté qui lui est accordée par l'art. 1618, de se désister du contrat en cas d'excédant d'un vingtième. Les tribunaux pourraient, par interprétation de la volonté des parties, attribuer le même effet à la formule *ou environ*, ajoutée, dans une vente de cette nature, à l'indication de la contenance [33].

La clause de *non-garantie de contenance*, stipulée à l'occasion d'une vente du genre de celles dont s'occupe l'art. 1619, doit être considérée comme emportant dérogation à cet article, en ce sens que toute différence de contenance, fût-elle de plus d'un vingtième, ne donne lieu, ni à augmentation, ni à diminution de prix [34]. Il n'en est pas de même, du moins en général, et sauf interprétation de l'intention des parties, de la formule *ou environ*, ajoutée, dans une pareille vente, à l'indication de la contenance [35].

[31] Arg. art. 1684. Duvergier, I, 300. Besançon, 4 mars 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV. Riom, 12 février 1818, Sir., 19, 2, 25. Toulouse, 14 juin 1845, Sir., 47, 2, 477. Nîmes, 31 mars 1852, Sir., 52, 2, 339. Cpr. Liége, 20 février 1812, Sir., 13, 2, 37; Req. rej., 18 novembre 1828, Sir., 29, 1, 119. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 345, note 2; Agen, 22 mars 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 268, note 1re.

[32] Cpr. sur l'effet de la clause par laquelle les parties promettraient de se faire raison du plus ou moins de contenance : Troplong, I, 337 ; Duvergier, I, 299; Zachariæ, § 354, note 18; Bordeaux, 7 mars 1810, et 19 mars 1811, Sir., 11, 2, 166, et 12, 2, 391.

[33] Duranton, XVI, 225. Duvergier, I, 299. Cpr. Civ. cass., 7 novembre 1853, Sir., 53, 1, 680.

[34] Troplong, I, 341. Duvergier, I, 305. Zachariæ, § 354, texte et note 20. Liége, 20 février 1812, Sir., 13, 2, 37. Req. rej., 18 novembre 1828, Sir., 29, 1, 119. Bourges, 31 août 1831, Dalloz, 1833, 2, 9. Voy. en sens contraire : Paris, 16 juin 1807, Sir., 7, 2, 1051.

[35] Pothier, nº 254. Troplong, I, 340. Cpr. Req. rej., 30 janvier 1866, Sir., 66, 1, 171. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 229.

L'action en supplément et celle en diminution du prix, ouvertes par les art. 1617 et 1619, doivent, à peine de déchéance, être intentées dans l'année à compter du jour du contrat[36]. Art. 1622. Il importe peu, à cet égard, que les parties soient restées, pour leurs obligations respectives à raison de la contenance, dans les termes de ces articles, ou qu'elles aient modifié, par des conventions spéciales, les dispositions de la loi[37].

Les parties, qui seraient libres de renoncer à la déchéance acquise par l'expiration de ce délai, ne peuvent, par anticipation, en étendre la durée[38].

Le délai d'un an, fixé par l'art. 1622, court contre les mineurs, les interdits, et les femmes mariées[39].

La déchéance établie par l'article précité est étrangère à la demande en délivrance d'une portion déterminée de l'immeuble, que l'acheteur prétendrait avoir été comprise dans la vente, et réciproquement, à l'action en restitution d'une certaine partie de l'immeuble, que le vendeur prétendrait n'y avoir pas été comprise[40].

[36] Si les parties avaient fixé un jour pour le mesurage, le délai d'un an ne commencerait à courir qu'à partir de ce jour. Duranton, XVI, 238. Duvergier, I, 301.

[37] Les stipulations particulières qui étendent ou restreignent la limite à partir de laquelle la loi accorde l'action en supplément ou en diminution de prix, ne changent pas le caractère de cette action : elles ne doivent, par conséquent, pas influer sur sa durée. Troplong, I, 350. Duvergier, I, 303. Vazeille, *De la prescription*, II, 728. Zachariæ, § 354, texte et note 26. Colmar, 29 mai 1817, Sir., 18, 2, 134. Agen, 7 juillet 1832, Sir., 32, 434. Req. rej., 22 juillet 1834, Sir., 34, 1, 500. Civ. rej., 28 avril 1840, Sir., 40, 1, 600. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 141 ; Montpellier, 5 juillet 1827, Sir., 28, 2, 210.

[38] La disposition de l'art. 1622 n'est pas simplement déclarative de la volonté présumée des parties. Troplong, I, 331. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 354, texte *in fine*, et note 27. C'est à tort que ce dernier auteur invoque, en faveur de son opinion, l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 décembre 1834 (Sir., 35, 1, 444). Cet arrêt décide seulement que les tribunaux peuvent reconnaître, d'après les circonstances de la cause, que l'une des parties a relevé l'autre de la déchéance qu'elle avait encourue.

[39] Duranton, XVI, 237. Troplong, I, 349. Zachariæ, § 354, note 23.

[40] Les demandes de cette nature diffèrent essentiellement des actions en supplément ou en diminution de prix. Troplong, I, 353. Req. rej., 3 août 1831, Sir., 32, 1, 551. Civ. rej., 30 août 1837, Sir., 37, 1, 972. Grenoble, 11 décembre 1837, Sir., 39, 2, 91. Grenoble, 28 avril 1860, *Journ. de Grenoble*, 1860, p. 351. Cpr. Rennes, 28 juillet 1811, Sir., 13, 2, 98.

Elle ne concerne pas davantage l'hypothèse où la vente ayant eu lieu à tant la mesure, avec indication provisoire d'un prix approximatif dont la fixation définitive a été subordonnée à un mesurage, l'une des parties provoquerait cette opération [41].

Enfin, la disposition de l'art. 1622 ne doit pas être étendue aux ventes mobilières [42].

§ 355.

Continuation. — De l'obligation de garantir la paisible possession.

1° De l'objet et de la nature de cette obligation en général [1].

L'obligation de garantir la paisible possession de la chose vendue emporte, en premier lieu, pour le vendeur et ses héritiers, celle de s'abstenir de tout acte ou réclamation qui tendrait à inquiéter l'acheteur, ou à le priver de partie des avantages sur lesquels il pouvait compter, d'après la destination de cette chose et l'état dans lequel elle se trouvait au moment de la vente. C'est ainsi que le vendeur d'un fonds de commerce ne peut, du moins à une époque rapprochée de la vente, ouvrir dans le voisinage un établissement de même nature [2]. C'est encore ainsi que le vendeur d'un moulin ne peut, dans son intérêt privé, par exemple, comme propriétaire de prairies riveraines, provoquer des mesures administratives tendant à faire réduire, au détriment de l'acheteur, la hauteur d'eau dont il jouissait lui-même de fait, au moment de la

[41] Zachariæ, § 354, note 26 *in fine*. Bordeaux, 19 mars 1811, Sir., 11, 2, 166. Req. rej., 31 mai 1853, Sir., 53, 1, 693.

[42] Duranton, XVI, 241. Troplong, I, 352. Duvergier, I, 304. Req. rej., 25 février 1812, Sir., 15, 1, 180. Req. rej., 24 mai 1815, Sir., 15, 1, 335. — Voy. aussi : § 164, texte et note 25.

[1] Cpr. *Dissertation*, par Eyssautier, *Revue critique*, 1857, XI, p. 318 et 498.

[2] Paris, 19 novembre 1824, Sir., 26, 2, 144. Grenoble, 10 mars 1836, Sir., 38, 2, 35. Lyon, 28 août 1843, Sir., 43, 2, 540. Cpr. aussi : Nîmes, 16 décembre 1847, Sir., 48, 2, 627 ; Civ. rej., 21 mars 1853, Sir., 55, 1, 781. — Il en est autrement au cas de vente d'une usine. Civ. cass., 17 juillet 1844, Sir., 44, 1, 678. La raison de cette différence est que la vente d'une usine ne comprend, de sa nature, que les bâtiments et les objets matériels nécessaires à son exploitation, tandis que la vente d'un fonds de commerce comprend l'achalandage, qui en forme un des principaux éléments.

vente[3]. C'est ainsi, enfin, que le véritable propriétaire de la chose vendue ne peut plus, lorsqu'il a accepté purement et simplement la succession du vendeur, exercer l'action en revendication de cette chose[4], et que le ci-devant pupille, dont le tuteur a vendu un immeuble sans accomplissement des formalités prescrites par la loi, ne peut plus, après être devenu héritier pur et simple de ce dernier, demander la nullité de la vente[5].

L'obligation de garantie impose, en second lieu, au vendeur, celle de prendre la défense (*le fait et cause*) de l'acheteur, lorsque celui-ci est troublé par un tiers, qui s'oppose, soit à son entrée en jouissance, soit à l'exercice d'une servitude active comprise dans la vente, ou qui forme, au sujet de la chose vendue, quelque réclamation judiciaire, fondée sur une cause antérieure à la vente. C'est en vertu de cette obligation que le vendeur, lors même qu'il parvient à faire cesser le trouble, n'en reste pas moins garant envers l'acheteur des frais du procès qu'il a eu à soutenir, sauf à les récupérer contre l'auteur de ce trouble[6].

Enfin, la garantie due par le vendeur le soumet, lorsqu'il n'a pas réussi à faire cesser le trouble, et que l'acheteur se trouve évincé, à l'obligation de restituer à ce dernier le prix de vente, et de l'indemniser du préjudice que lui cause l'éviction.

L'obligation de garantie, qui s'applique à la paisible possession de la totalité et de chacune des parties de la chose vendue, est en elle-même et de sa nature indivisible, soit qu'elle se présente sous la forme d'une obligation positive de prendre la défense de l'ache-

3 Civ. cass., 8 janvier 1851, Sir., 51, 1, 106. Cpr. Req. rej., 18 juillet 1822, Sir., 27, 1, 145.

4 *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Qui doit garantir, ne peut évincer. Cpr. Civ. cass., 24 janvier 1826, Sir., 26, 1, 387; Bordeaux, 8 décembre 1831, Sir., 32, 2, 565; Req. rej., 2 janvier 1838, Sir., 38, 1, 585; Req. rej., 20 mai 1840, Sir., 40, 1, 922; Req. rej., 19 août 1840, Sir., 40, 1, 849.

5 Pothier, n° 168. Troplong, I, 446. Duvergier, I, 351. Req. rej., 14 janvier 1840, Sir., 40, 1, 569. Req. rej., 16 juin 1846, Sir., 47, 1, 127. Civ. rej., 28 juin 1859, Sir., 59, 1, 163.

6 Duvergier, I, 386. Zachariæ, § 355, texte et note 10. Angers, 18 août 1826, Sir., 27, 2, 33. Req. rej., 3 janvier 1833, Sir., 33, 1, 92. Grenoble, 3 janvier 1845, Sir., 45, 2, 344. Voy. en sens contraire : Grenoble, 30 novembre 1824, Sir., 25, 2, 383. — Mais le vendeur ne pourrait, en pareil cas, être déclaré garant des dommages-intérêts adjugés à l'acheteur contre l'auteur du trouble. Req. rej., 25 juin 1822, Sir., 22, 1, 418.

teur[7], ou sous la forme d'une obligation négative de ne pas le troubler[8]. Mais l'obligation de garantie est divisible, en tant que, par suite d'éviction, elle a pour objet la restitution du prix et le paiement de dommages-intérêts[9]. De ces deux propositions découlent les conséquences suivantes :

L'acheteur, troublé par un tiers, peut se borner à exercer son recours en garantie contre un seul des héritiers du vendeur ; et cet

[7] Cette obligation porte évidemment sur un fait indivisible, puisqu'on ne comprendrait pas une défense partielle, c'est-à-dire pour une partie aliquote des moyens à faire valoir à l'appui de la défense. La divisibilité de la chose à la paisible possession de laquelle s'applique la garantie, ne peut rendre divisible le fait qui forme sous ce rapport l'objet de l'obligation de garantie, pas plus que la divisibilité, tout au moins intellectuelle, d'une maison, ne rend divisible l'obligation de ceux qui se sont engagés à la construire. Aussi les auteurs anciens et modernes, à l'exception toutefois de Duranton (XI, 265 et XVI, 255), sont-ils d'accord sur ce premier point. Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, part. II, n[os] 496 et suiv. Pothier, n[os] 104 à 107. Delvincourt, III, p. 144. Troplong, I, 433, 434 et 438. Duvergier, I, 355. Marcadé, sur l'art. 1625, n° 8. Larombière, *Des obligations*, art. 1222 et 1223, n° 14. Cpr. Civ. rej., 15 février 1811, Sir., 11, 1, 188. Civ. rej., 5 janvier 1815. Sir., 15, 1, 231 ; Req. rej., 11 août 1830, Sir., 30, 1, 395.—M. Troplong critique assez vivement ce dernier arrêt, comme ayant implicitement décidé que l'obligation de garantie est divisible, en tant que l'exécution s'en poursuit par voie d'action. Mais nous croyons que cette critique n'est pas fondée, et que M. Troplong prête aux considérants de l'arrêt un sens qu'ils n'ont pas. A notre avis, la Cour de cassation ne s'est pas attachée à déterminer le caractère de l'obligation de garantie envisagée en elle-même ; elle s'est bornée à mettre en parallèle les conséquences de cette obligation, suivant qu'il s'agit d'une action ou d'une exception de garantie, et tout en admettant, comme le fait M. Troplong lui-même, que les condamnations à prononcer, en cas d'éviction, par suite d'une action en garantie, sont divisibles, elle a décidé que l'exception est indivisible, non-seulement en elle-même, mais encore dans ses résultats, en ce sens qu'elle engendre une fin de non-recevoir pour le tout.

[8] Il est vrai que les obligations de ne pas faire ne sauraient être considérées comme étant toutes, et de leur nature, indivisibles. Mais il en est incontestablement ainsi, lorsque le fait dont l'une des parties doit s'abstenir, n'est pas susceptible de division. Or, telle est celui de ne pas troubler l'acheteur : quelque minime, en effet, que soit la portion à raison de laquelle il se trouve inquiété, il n'en est pas moins troublé dans sa paisible possession, qui, envisagée en elle-même, est indivisible, bien que l'objet auquel elle s'applique soit susceptible de division. Cpr. note 12 *infra*.

[9] Req. rej., 18 avril 1860, Sir., 60, 1, 519.

héritier est tenu de le défendre pour le tout, sauf à appeler en cause ses cohéritiers [10]. Art. 1225. Mais, si l'héritier, assigné seul, ne parvient pas à faire cesser le trouble, il ne peut être condamné que pour sa part héréditaire, à la restitution du prix et aux dommages-intérêts de l'acheteur évincé [11].

L'acheteur troublé par l'un des héritiers du vendeur, qui exercerait, de son propre chef, une action en revendication, ou toute autre action réelle, relative à la chose vendue, peut opposer à ce dernier, l'exception de garantie pour le tout, et, par suite, le faire déclarer non recevable dans sa demande [12].

10 Cet appel en cause n'est pas nécessaire pour faire diviser, en cas d'éviction, la condamnation à la restitution du prix et aux dommages-intérêts de l'acheteur évincé. Cette division, ainsi que nous le verrons, a lieu de plein droit. Mais l'héritier, assigné seul, a intérêt à mettre en cause ses cohéritiers, pour demander qu'ils lui fournissent les moyens de défense qui ne seraient point en sa possession, et pour éviter de supporter seul les dépens. Pothier et Duvergier, *locc. citt.* Troplong, I, 438 et 439. Larombière, *op. cit.*, II, art. 1223, nos 14 à 16.

11 Pothier, Duvergier, Troplong et Larombière, *locc. citt.* Il faudrait décider le contraire, si ces condamnations étaient à considérer comme la conversion en dommages-intérêts de l'obligation de défendre. Dans cette supposition, l'héritier, assigné seul, qui aurait négligé de mettre en cause ses cohéritiers, devrait être condamné pour le tout à la restitution du prix et aux dommages-intérêts. Art. 1225. Cpr. § 301, texte et note 19. Mais cette supposition ne serait pas exacte. L'obligation d'indemniser l'acheteur après éviction, est distincte de celle de prendre sa défense, Cette dernière suppose un simple trouble non encore suivi d'éviction ; la première, au contraire, est une sorte de *condictio sine causa*, qui naît du fait de l'éviction consommée. Ce qui le prouve, c'est que, même au cas de stipulation de non-garantie, le vendeur ou ses héritiers n'en sont pas moins, en général, tenus à la restitution du prix. Art. 1629. Or, cette obligation est essentiellement divisible.

12 Cette proposition est une conséquence des développements donnés à la note 8 *supra*. Du moment où l'on admet que l'obligation de ne pas troubler l'acheteur est une obligation indivisible, il en résulte nécessairement que l'un des héritiers du vendeur ne peut, même déduction faite d'une part correspondante à sa portion héréditaire, exercer contre l'acheteur l'action réelle qui lui appartiendrait de son propre chef. Cet héritier ne pourrait dire que, par cela même qu'il abandonne ses droits dans la proportion de sa part héréditaire, il satisfait à son obligation de ne pas troubler. Il est, en effet, certain que, malgré cet abandon, l'acheteur n'en serait pas moins inquiété dans sa paisible possession. Or, si le juge est, aux termes de l'art. 1143, autorisé à ordonner la destruction de ce qui a été fait en contravention à une obligation de ne pas faire, à plus forte rai-

Il convient, pour déterminer l'étendue de l'obligation de garantie, de distinguer l'hypothèse d'une éviction totale, ou d'une éviction partielle résultant de ce que l'acquéreur est dépouillé, soit d'une partie matériellement déterminée, soit d'une portion aliquote de la chose vendue, et l'hypothèse d'une éviction partielle résultant de ce que l'acquéreur est privé de la jouissance de servitudes actives comprises dans la vente, ou se trouve obligé de supporter des charges non déclarées.

2° *De la garantie due à raison, soit d'une éviction totale, soit de l'éviction d'une partie matériellement déterminée ou à une partie aliquote de la chose vendue.*

L'éviction dont il est ici question, et le délaissement de tout ou partie de la chose vendue, ordonné en justice contre l'acheteur, en vertu d'un droit de propriété ou d'un droit d'hypothèque exercé par un tiers.

Il faut assimiler à l'éviction proprement dite : *a.* le cas où l'acheteur, pour éviter un procès, a volontairement abandonné la chose vendue, au délaissement de laquelle il aurait pu être contraint judiciairement [13]; *b.* celui où l'acheteur succombe sur l'ac-

son peut-il, afin de faire respecter l'obligation de ne pas troubler, imposée à l'héritier du vendeur, le déclarer non recevable dans sa demande. Pour compléter cette démonstration, nous ajouterons que l'admission de la demande aurait pour effet de transformer en copropriété, le droit exclusif de propriété de l'acheteur, et l'exposerait ainsi à la nécessité d'un partage, ou même d'une licitation par suite de laquelle il pourrait être complétement dépossédé. Nous terminerons en faisant remarquer, que l'opinion émise au texte devrait être suivie, dans le cas même où l'on ne considérerait l'obligation de ne pas troubler, que comme indivisible *solutione tantum*, puisque l'héritier auquel on oppose l'exception de garantie se trouve seul, comme investi du droit réel sur lequel son action est fondée, en position de contrevenir à cette obligation ou de l'accomplir. Arg. art. 1221, n° 5. C'est à ce point de vue que la Cour de cassation paraît s'être placée, dans son arrêt ci-après cité du 11 août 1830. Delvincourt, III, p. 144. Duvergier, I, 355. Req. rej., 19 février 1811, Sir., 11, 1, 188. Civ. rej., 5 janvier 1815, Sir., 15, 1, 231. Req. rej., 11 août 1830, Sir., 30, 1, 395. Bordeaux, 8 décembre 1831, Sir., 32, 2, 265. Rouen, 25 avril et 22 mai 1839, Sir., 39, 2, 453. Req. rej., 14 janvier 1840, Sir., 40, 1, 569. Voy. en sens contraire : Dumoulin, *op. et loc. citt.*: Pothier, n° 575. Duranton, XI, 265, XIV, 325, XVI, 255 ; Troplong, I, 457 ; Rodière, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, n° 432 ; Larombière, *op. cit.*, II, art. 1222 et 1223, n°s 17 à 21.

[13] Arg. art. 2178. Mais la prudence exige, en général, que l'acheteur se laisse assigner en déguerpissement, et dénonce l'assignation à son vendeur. En

tion en déguerpissement qu'il a formée contre le tiers détenteur de la chose vendue ; *c.* celui où, pour conserver cette chose, il est obligé de payer la créance d'un tiers à laquelle elle était affectée (art. 2178) ; *d.* enfin, le cas où l'acheteur, ayant acquis *a non domino*, succède plus tard, à quelque titre que ce soit, au légitime propriétaire, et conserve, en vertu de son nouveau titre, la chose dont il aurait pu être dépossédé[14].

Mais une simple dépossession par voie de fait ne constitue pas une éviction (*hoc sensu*). Cpr. art. 1725.

L'éviction ne donne ouverture au recours en garantie, qu'autant qu'elle a lieu en vertu d'un droit remontant à une époque antérieure à la vente. Cependant, lorsque l'éviction procède d'un fait personnel au vendeur, et, notamment, lorsqu'elle est le résultat de l'exercice d'un droit qu'il a lui-même concédé, elle donne lieu à garantie, quoique la cause en soit postérieure à la vente[15].

On doit considérer comme procédant d'une cause antérieure à la vente, l'éviction résultant d'une surenchère, faite conformément à l'art. 2185[16].

Il en est autrement de l'éviction que souffrirait l'acheteur par suite d'une prescription accomplie seulement depuis la vente, bien

prenant sur lui de délaisser volontairement la chose vendue, il s'expose à voir contester par le vendeur la légitimité de la réclamation à laquelle il a déféré. Cpr. art. 1640. Pothier, n° 96. Duvergier, I, 312. Zachariæ, § 255, texte et notes 19 et 20.

14 L. 12, § 15, D. *de act. empt. vend.* (19, 1). LL. 9 et 41, § 1, D. *de evict.* (21, 2). Pothier, nos 85, 86, 97. Maleville, sur l'art. 1640. Duranton, XVI, 249. Duvergier, I, 311, 312 et 313. Troplong, I, 415. Zachariæ, § 255, note 26. Voy. aussi : art. 2191.

15 Le vendeur aurait, en effet, enfreint l'obligation de s'abstenir de tout acte de nature à troubler l'acheteur. Cpr. texte et notes 2 à 5 *supra*. Pothier, n° 92. Troplong, I, 422. Zachariæ, § 355, note 8. — C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si, le vendeur ayant vendu une seconde fois le même immeuble, le premier acquéreur se trouvait évincé par le second, dont le titre aurait été transcrit avant le sien.

16 Art. 2191. Merlin, *Rép.*, v° Tiers détenteur, n° 15 ; et *Quest.*, v° Garantie, n° 10. Duranton, XVI, 260. Troplong, I, 426. Duvergier, I, 321. Civ. cass., 4 mai 1808, Sir., 8, 1, 358. Bordeaux, 27 février 1829, Sir., 29, 2, 325. Toulouse, 27 août 1834, Sir., 35, 2, 325. Voy. en sens contraire : Paris, 25 prairial an XII, Sir., 7, 2, 954 ; Metz, 31 mars 1821, Sir., 35, 2, 325, à la note.

qu'elle eût commencé à courir auparavant [17]. Toutefois, si la prescription s'était accomplie à une époque tellement rapprochée de la vente, que l'acheteur n'eût pas eu le temps moral nécessaire pour l'interrompre, le recours en garantie pourrait être exceptionnellement admis [18].

D'un autre côté, la dépossession résultant du *fait du prince*, c'est-à-dire d'un changement de législation, ou d'un acte arbitraire du pouvoir exécutif, ne saurait être envisagée comme une éviction procédant d'une cause antérieure à la vente [19]. Le contraire devrait être admis, si l'acte qui prononce ou entraîne la dépossession, était fondé sur un droit préexistant ou sur une prohibition antérieure, qu'il appartenait au souverain de déclarer ou de faire respecter [20].

La garantie a lieu dans les ventes sur expropriation forcée, aussi bien que dans les ventes volontaires [21]. Mais elle ne peut être

[17] Troplong, I, 425. Duvergier, I, 314. Bourges, 4 février 1823, Sir., 23, 2, 303. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 4 février 1831, Sir., 31, 2, 138. Cpr. aussi : Pau, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 862.

[18] Cpr. § 214, texte n° 2 et note 17.

[19] Zachariæ, § 355, texte et note 7. Civ. rej., 27 pluviôse an XI, Sir., 4, 1, 5. Bordeaux, 22 janvier 1826, Sir., 26, 2, 248. Cpr. Civ. cass., 17 février 1863, Sir., 63, 1, 209.

[20] C'est en s'attachant à la restriction indiquée au texte, que la Cour de cassation et la Cour d'Orléans ont décidé qu'il y avait lieu à garantie dans l'affaire du baron de Boucheporn contre les héritiers de Fürstenstein. Le baron de Boucheporn avait acquis de M. de Fürstenstein le fief d'Immichenhain, que ce dernier avait reçu en dotation de Jérôme-Napoléon, roi de Westphalie. Il en fut dépossédé par une ordonnance de l'électeur de Hesse, qui, de retour dans ses États, révoqua, comme contraires aux lois du pays, toutes les dispositions de fiefs relevant de la maison électorale. Civ. cass., 18 août 1828, Sir., 28, 1, 328. Orléans, 5 juin 1829. Req. rej., 14 avril 1830, Sir., 30, 1, 280.

[21] MM. Delvincourt (III, p. 144) et Troplong (I, 432) refusent à l'adjudicataire tout recours, non-seulement contre le poursuivant, mais même contre le saisi, par le motif que, en matière d'expropriation forcée, il n'y a pas, à vrai dire, de vendeur. Ce motif, exact en ce qui concerne le poursuivant, qui n'est que le provocateur de la vente, ne l'est pas quant au saisi, dont le consentement est suppléé par l'intervention de la justice. D'ailleurs, le saisi qui laisse vendre, sans protestation, des immeubles dont il n'est pas propriétaire, est par cela même en faute, et doit par suite, en ce qui concerne sa responsabilité vis-à-vis de l'adjudicataire, être assimilé à un véritable vendeur. Voy. les autorités citées à la note suivante.

exercée que contre la partie saisie, et non contre le créancier poursuivant[22]. Si cependant l'annulation de l'adjudication venait à être prononcée à raison d'un fait imputable à faute à ce dernier, l'adjudicataire serait autorisé à l'actionner en dommages-intérêts, en vertu de l'art. 1382[23].

Au surplus, l'adjudicataire qui, après avoir payé son prix aux créanciers, viendrait à être évincé par le véritable propriétaire, ne jouirait pas seulement d'un recours en garantie contre le saisi, mais pourrait même répéter, *condictione indebiti vel sine causa*, les sommes versées aux créanciers[24]. La même proposition s'applique à l'acquéreur sur aliénation volontaire.

Il est indifférent, pour l'admission de la garantie, que l'acheteur soit lui-même évincé, ou que l'éviction atteigne un tiers auquel il a transmis la chose vendue, à titre onéreux, ou même à titre gratuit[25]. Ce tiers peut directement, et en son propre nom, exercer contre le vendeur primitif le recours en garantie auquel celui-ci se trouve soumis, dans le cas même où il n'aurait point été expressément subrogé aux droits de son auteur[26], et quoiqu'il ne

22 Duranton, XVI, 265. Carré, *Lois de la procédure*, II, 2323. Duvergier, I, 346. Olivier et Mourlon, *Commentaire de la loi du 21 mai* 1858, n° 204. Zachariæ, § 355, texte et note 4. Req. rej., 16 décembre 1828, Sir., 29, 1, 21. Req. rej., 30 juillet 1834, Sir., 35, 1, 311. Colmar, 22 mars 1836, Sir., 36, 2, 551. Pau, 20 août 1836, Sir., 37, 2, 278. Voy. en sens contraire : Caen, 7 décembre 1827, Sir., 29, 2, 224. Cpr. Toulouse, 24 janvier 1826, Sir., 26, 2, 136.

23 Duvergier, I, 347. Zachariæ, § 255, note 4. Dijon, 25 août 1827, Sir., 31, 2, 219. Cpr. Colmar, 22 mars 1836, Sir., 36, 2, 551. Voy. aussi : Angers, 12 juin 1816, Sir., 18, 2, 212.

24 Merlin, *Rép.*, v° Saisie immobilière, § 7, n° 2. Favard, *Rép.*, v° Saisie immobilière, § 2, n° 2. Carré, *Lois de la procédure*, II, 2477, et Chauveau sur Carré, quest., 2409. Troplong, I, 432 et 498. Duvergier, I, 346. Persil, *Des ventes judiciaires*, n° 291. Labbé, *Revue critique*, 1861, XIX, p. 292, n° 27. Olivier et Mourlon, *op. cit.*, n°s 202 et 203. Lyon, 2 juillet 1825, Sir., 25, 2, 369. Colmar, 22 mars 1836, Sir., 36, 2, 550. Lyon, 15 décembre 1841, Sir., 42, 2, 168. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 144 ; Duranton, XIII, 686 et XVI, 266. Cpr. § 442.

25 Duranton, VIII, 532, XVI, 276. Troplong, I, 429. Duvergier, I, 343, Voy. cep. Pothier, n° 98 ; Zachariæ, § 355, texte et note 5.

26 Cette proposition est fondée sur ce que celui qui transmet la propriété d'une chose, est censé transférer en même temps tous les droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, ou qui en sont devenus des accessoires. Cpr.

jouisse personnellement d'aucun recours en garantie contre ce dernier[27].

L'obligation de garantie existe de plein droit, en vertu de la nature du contrat de vente. Le vendeur est donc soumis à cette obligation, lors même qu'il n'y a aucune faute à lui reprocher, ou qu'il a entièrement ignoré la cause de l'éviction. Art. 1628. Cpr. 1628 et 1635.

Le vendeur soumis à garantie pour cause d'éviction totale est tenu, en premier lieu, de restituer à l'acheteur le prix qu'il a reçu[28]. Art. 1630, nº 1. Ce prix doit être remboursé en totalité, bien que, depuis la vente, la chose ait diminué de valeur, qu'elle ait subi des détériorations, ou qu'elle ait péri en partie, soit par cas fortuit, soit même par la négligence de l'acheteur[29]. Art. 1631[30].

art. 1122, § 176, texte nº 1 et note 3. Duranton, XVI, 275. Troplong, I, 437. Duvergier, I, 343. Marcadé, sur l'art. 1626. Larombière, *Des obligations*, I, art. 1166, nº 28. Demolombe, XXV, 141. Bordeaux, 5 avril 1826, Sir., 27, 2, 6. Bordeaux, 4 février 1831, Sir., 31, 2, 138. Cpr. Paris, 1er avril 1841, Dalloz, 1841, 2, 201. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 355, texte, *in principio*.

27 Duranton, XVI, 274. Civ. cass., 25 janvier 1820, Sir., 20, 1, 213.

28 Cependant un acquéreur subséquent, qui dirigerait, *omisso medio*, son action en garantie contre le vendeur primitif, ne pourrait répéter un prix supérieur à celui qu'il a payé, lors même qu'il agirait en vertu d'une subrogation expresse aux droits de son auteur, qui aurait acheté à un prix plus élevé. Troplong, I, 496. Duvergier, I, 371. Bourges, 5 avril 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 367. Req. rej., 5 février 1845, Sir., 45, 1, 420. Cpr. cep. Pothier, nº 149.

29 Duranton, XVI, 284. Troplong, 489 et suiv. Duvergier, I, 359. Zachariæ, § 355, texte et note 11. — Cette règle s'applique-t-elle aux ventes d'animaux ? M. Duvergier (I, 362) adopte la négative avec Dumoulin (*de eo quod interest*, nºs 127, 128), et Pothier (nº 164). L'affirmative, professée par M. Troplong (*loc. cit.*), nous paraît préférable.

30 Il faut se garder de confondre l'obligation de restituer le prix avec celle de réparer le dommage causé par l'éviction. Les rédacteurs du Code Napoléon ont, à cet égard, adopté l'opinion de Dumoulin (*op. cit.*, nºs 68 et suiv.), et de Pothier, nº 69), qui considèrent la restitution du prix, non comme étant due à titre de dommages-intérêts, mais comme pouvant être réclamée en vertu d'une véritable *condictio sine causa*. Cette opinion est conforme à la nature du contrat de vente. En effet, le vendeur, qui ne satisfait pas à son obligation de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, n'a aucun prétexte pour retenir une partie quelconque du prix ; il doit, par conséquent, restituer en totalité la somme qu'il a reçue, lors même que le dommage réel, causé à l'acheteur par

Mais le vendeur est autorisé à retenir sur le prix : l'indemnité qu'il peut avoir payée à l'acheteur, soit à raison de l'existence de servitudes passives non déclarées, soit pour défaut de contenance; la somme que l'acheteur aurait reçue du tiers qui l'a évincé, pour améliorations antérieures à la vente; enfin, le montant des bénéfices que l'acheteur peut avoir retirés des dégradations occasionnées par une jouissance abusive ou par une exploitation immodérée, lorsqu'il n'a pas été contraint d'en faire état au propriétaire[31]. Art. 1632.

Le vendeur soumis à garantie pour cause d'éviction totale est, en second lieu, tenu de réparer le dommage que l'éviction occasionne à l'acheteur. En vertu de cette obligation, il doit, lors même qu'il est de bonne foi, indemniser ce dernier :

a. Des frais et loyaux coûts du contrat. Art. 1630, n° 4.

b. Des fruits dont l'acheteur, qui a payé son prix, ou qui en a servi les intérêts, est lui-même obligé de faire état au propriétaire qui l'évince[32]. Art. 1630, n° 2.

c. Du préjudice que l'éviction cause à l'acheteur, en le privant de l'augmentation de valeur que la chose peut avoir reçue depuis la vente[33], soit par des événements indépendants du fait de ce

l'éviction, se trouve être inférieur à cette somme. Troplong, I, 503. Duvergier, I, 358. Cpr. Colmar, 7 avril 1821, Sir., 21, 2, 239; Douai, 18 avril 1853, Sir., 54, 2, 11.

[31] Duranton, XVI, 285 et 286. Troplong, I, 491 et suiv. Duvergier, I, 360.

[32] On pourrait être porté, d'après la rédaction de l'art. 1630, à placer sur la même ligne que la restitution du prix, les indemnités dues à l'acheteur à raison des frais du contrat et des fruits; mais cette assimilation manquerait d'exactitude : le vendeur est tenu à la restitution du prix, quoiqu'il ne soit point passible de dommages-intérêts. Cpr. note 30 *supra*. Ce n'est, au contraire, qu'à titre de dommages-intérêts, qu'il peut être tenu de payer les indemnités dont il s'agit ici, puisqu'il n'a pas profité des frais et des fruits à raison desquels elles sont dues. Il faut en conclure que l'acheteur ne peut réclamer de pareilles indemnités, que lorsqu'il a droit à des dommages-intérêts.

[33] Il n'y a pas, à cet égard, de distinction à faire entre le vendeur de bonne foi et celui de mauvaise foi. Le vendeur, fût-il de bonne foi, doit indemniser complétement l'acheteur de la plus-value de la chose, quoique cette plus-value résulte de circonstances extraordinaires qu'il n'avait pu prévoir. Toullier, VI, 235. Duranton, XVI, 295. Troplong, I, 507. — M. Duvergier (I, 369), reproduisant la doctrine de Dumoulin (*op. cit.*, n°s 57 et suiv.) et de Pothier (n° 133), enseigne que le vendeur de bonne foi ne doit, dans le cas d'une plus-

dernier, et antérieurs à l'éviction[34], soit, à plus forte raison, par suite des améliorations qu'il a faites, et pour lesquelles il ne recevrait du tiers qui l'évince aucune indemnité, ou n'obtiendrait qu'une indemnité incomplète[35].

Le montant des dommages-intérêts à bonifier par le vendeur de bonne foi se détermine par la mieux-value, c'est-à-dire par la différence du prix de vente à la valeur de la chose au moment de l'éviction. Ainsi, lorsque l'augmentation de la valeur résulte d'améliorations, le vendeur doit la totalité de la mieux-value, quoiqu'elle soit supérieure aux sommes déboursées par l'acheteur. Mais aussi ne doit-il que cette mieux-value, lors même qu'elle serait inférieure à ces sommes[36]. Art. 1633 et 1634.

value imprévue, que la plus forte somme à laquelle les parties ont pu s'attendre à voir s'élever les dommages-intérêts. Cette opinion, à l'appui de laquelle on peut invoquer la disposition de l'art. 1150, est contraire à la généralité des termes des art. 1633 et 1634, qui nous semblent avoir dérogé, pour le cas spécial dont ils s'occupent, à la règle posée par l'art. 1150. Cela nous paraît d'autant plus évident, que la combinaison des art. 1633 et 1634 avec l'art. 1635 prouve que les rédacteurs du Code n'ont pas perdu de vue la différence de position qui existe entre le vendeur de bonne foi et le vendeur de mauvaise foi, et qu'ils ont réglé leurs obligations par des dispositions distinctes, chaque fois qu'ils ont pensé qu'elles ne devaient pas avoir la même étendue. D'ailleurs, l'application de l'art. 1150 se trouve écartée, en ce qui concerne le point spécial dont il est ici question, par l'art. 1639, qui ne renvoie au titre *Des obligations* que pour les cas non prévus au titre *De la vente*.

[34] Il n'y a pas lieu de tenir compte de l'augmentation de valeur résultant de causes postérieures à l'éviction. Req. rej., 19 mai 1863, Sir., 64, 1, 73.

[35] L'acheteur ne peut, à raison de ses impenses, avoir de dommages-intérêts à réclamer du vendeur, que dans le cas où, d'après les règles sur l'action en revendication, il n'aurait pas droit, sous ce rapport, à une complète indemnité de la part du tiers qui l'évince. Il en résulte que, pour les impenses nécessaires, qui doivent toujours être intégralement remboursées par ce dernier, l'acheteur n'a aucun recours en garantie à exercer contre le vendeur ; et c'est pour ce motif que nous ne parlons point au texte de cette espèce d'impenses. Il en est autrement des impenses utiles, pour le cas du moins où, la mieux-value qui en est résultée se trouvant supérieure à la somme réellement déboursée, le demandeur en revendication userait du droit qui lui appartient de ne rembourser que le montant de cette somme ; l'acheteur, dans ce cas, serait autorisé à exiger du vendeur la bonification de la différence.

[36] L'éviction ne prive, en effet, l'acquéreur que de la mieux-value de la chose. La différence en moins entre cette mieux-value et le montant des déboursés qu'il a faits, se trouvait déjà perdue pour lui au moment de l'éviction.

Quant au vendeur de mauvaise foi, qui connaissait, au moment de la vente, le danger de l'éviction, il doit, au choix de l'acheteur, soit le montant de la mieux-value de la chose, soit la restitution de toutes les sommes déboursées par ce dernier, quand même elles n'auraient eu pour objet que des dépenses voluptuaires ou de pur agrément. Art. 1635.

Du reste, le vendeur soumis à garantie est tenu des frais de la demande principale, ainsi que de ceux de la demande en garantie. Art. 1630, nº 3. Les tribunaux peuvent cependant, d'après les circonstances, laisser à la charge de l'acheteur les dépens faits sur la demande originaire à partir du moment où il aurait pu recourir contre le vendeur jusqu'à son appel en cause[37]. En tous cas, l'acheteur qui continue le procès, après que le vendeur a déclaré n'avoir pas de moyens suffisants pour lui faire adjuger ses conclusions, doit supporter tous les dépens faits depuis cette déclaration[38].

L'éviction partielle donne ouverture à garantie, quelque faible que soit la partie pour laquelle elle a lieu, et alors même que la proportion dans laquelle elle est subie n'autoriserait pas l'acheteur à former une demande en diminution de prix, si, au lieu d'avoir été évincé, il n'avait à se plaindre que d'un défaut de contenance[39].

En cas d'éviction partielle, l'acquéreur a le choix de demander

Pothier, nº 136. Duranton, XVI, 297. Troplong, I, 509. Duvergier, I, 368. Voy. cep. Zachariæ, § 355, texte et note 12. Cet auteur reconnaît à l'acheteur le droit de réclamer, même contre un vendeur de bonne foi, soit la mieux-value, soit le montant de ses déboursés. Cette option, à notre avis, ne doit lui être accordée que contre un vendeur de mauvaise foi. Voy. la suite du texte.

[37] Arg. art. 2028, al. 2. Cpr. Ord. de 1667, tit. VIII, art. 14. Pothier, nº 129. Merlin, *Rép.*, vº Dépens, nº 8. Carré, *Lois de la procédure*, I, 783. Delvincourt, III, p. 148. Duranton, XVI, 292. Troplong, I, 500. Duvergier, I, 364. Zachariæ, § 355, texte et note 10, *in fine*. Req. rej., 8 novembre 1820, Sir., 21, 1, 402. Nîmes, 12 mars 1833, Sir., 33, 2, 553. Besançon, 14 novembre 1844, Sir., 45, 2, 645. Grenoble, 3 février 1845, Sir., 45, 2, 344. Cpr. Civ. rej., 14 mars 1825, Sir., 26, 1, 171. Voy. aussi : texte et note 6 *supra*.

[38] Pothier, nº 130. Duvergier, *loc. cit.*

[39] Marcadé, sur l'art. 1626, nº 2. Civ. cass., 14 janvier 1851, Sir., 51, 1, 103. Voy. cep. Colmar, 19 avril 1837, Sir., 40, 1, 870; Req. rej., 14 avril 1862, Sir., 63, 2, 85. Ces arrêts, quoique pouvant se justifier quant au fond par les faits de la cause, contiennent des motifs qui sont contraires à la proposition énoncée au texte.

une indemnité proportionnée à la perte qu'il a éprouvée, ou la résiliation de la vente, lorsque la partie dont il est évincé est d'une importance telle qu'il est à présumer que l'achat n'eût pas eu lieu sans cette partie. Art. 1636. Dans l'hypothèse contraire, il n'a droit qu'à une indemnité. Cette indemnité se détermine d'après la valeur, à l'époque de l'éviction, de la partie dont l'acquéreur a été évincé, et non proportionnellement au prix total de la vente; peu importe que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur, et que l'éviction porte sur une partie matériellement déterminée, ou sur une portion indivise de cette chose[40]. Art. 1637[41].

Les règles ci-dessus posées pour la fixation des dommages-intérêts qui peuvent être dus à l'acheteur en cas d'éviction totale s'appliquent, par analogie, à l'hypothèse d'une éviction partielle.

Les parties peuvent, par des conventions spéciales, ajouter à l'obligation de garantie, soit en l'étendant à des causes d'éviction qu'elle n'embrasse point de sa nature, soit en attribuant plus d'étendue aux effets qu'elle produit d'après les règles générales qui viennent d'être développées[42].

[40] *Lex non distinguit.* Duvergier, I, 374. — MM. Delvincourt (III, p. 149) et Duranton (XVI, 300) enseignent que, si l'éviction est d'une portion indivise, il faut s'en tenir à l'art. 1631, en restreignant l'application de l'art. 1637 à l'éviction d'une partie matériellement déterminée de la chose vendue ; mais la généralité des termes de cet article résiste à toute distinction. Cpr. la note suivante.

[41] La disposition de cet article, qui s'écarte, en ce qui concerne l'éviction partielle, du principe adopté par l'art. 1631 pour le cas d'éviction totale, est l'objet d'une vive censure de la part de M. Troplong (I, 517), qui y voit une injustice contre l'acheteur, dans l'hypothèse où la chose a diminué de valeur. Cette disposition se justifie, jusqu'à certain point, par la considération que l'éviction totale résolvant le contrat, oblige nécessairement le vendeur à restituer la totalité du prix qu'il a reçu, et qui désormais se trouverait sans cause dans ses mains. L'art. 1637 statuant, au contraire, sur une hypothèse où le contrat continue à subsister, on s'explique comment le législateur a pu être amené à restreindre à la perte réelle éprouvée par l'acheteur, le montant de l'indemnité qui lui est due. Cpr. Duvergier, I, 374. Nous conviendrons, toutefois, qu'il eût été plus conséquent d'appliquer le principe adopté pour l'éviction totale à l'éviction partielle, et surtout à celle d'une quote-part indivise de la chose vendue.

[42] Il faut, pour étendre la garantie, des clauses spéciales et formelles. Une promesse vague et générale de garantir l'acquéreur *de tous troubles et empêchements quelconques*, promesse qui est d'ailleurs de style, laisserait les parties dans les termes de la loi, et ne soumettrait point le vendeur, par exemple, à la garantie des cas fortuits ou des faits du prince. Troplong, I, 465 et suiv. Civ. rej.,

Elles peuvent également, en sens inverse, restreindre l'obligation de garantie, ou même l'écarter entièrement. Art. 1627.

L'obligation de garantie cesse, mais seulement quant aux dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a renoncé à la garantie. Art. 1134 cbn. 1629. Cependant, une pareille renonciation laisse, en général, subsister, dans toute son étendue, l'obligation de garantie à raison de l'éviction qui proviendrait d'un fait personnel au vendeur[43], soit postérieur, soit même antérieur à la vente, à moins que, dans ce dernier cas, la cause d'éviction n'ait été déclarée ou n'ait été connue de l'acquéreur[44]. Art. 1628[45].

L'obligation de garantie cesse également, en ce qui concerne les dommages-intérêts, lorsque l'acheteur connaissait, au moment de la vente, le danger d'éviction[46]. Toutefois, le vendeur demeure, même dans ce cas, soumis à des dommages-intérêts, lorsque, connaissant lui-même les causes d'éviction, il s'est obligé à la garantie par une clause formelle[47]. Seulement, les tribunaux paraissent-ils,

27 pluviôse an XI, Sir., 4, 1, 1. Bordeaux, 28 janvier 1826, Dalloz, 1826, 2, 183. — Une pareille clause devrait cependant recevoir son effet pour toutes les causes d'éviction déclarées au contrat. Troplong, I, 468. Cpr. Civ. cass., 19 floréal an XII, 4, 1, 1.

[43] On doit considérer comme procédant d'un fait personnel au vendeur, l'éviction résultant, soit de l'annulation ou de la rescision de son titre, pour cause de dol, de violence, ou de lésion, soit d'une vente antérieure par lui passée, ou d'hypothèques attachées à des dettes qu'il a lui-même contractées. Mais on ne doit pas envisager comme personnelles au vendeur, les causes d'éviction qui procèdent du fait d'une personne dont il est héritier. Troplong, I, 474 et 476.

[44] Troplong, I, 477. Req. rej., 2 mai 1864, Sir., 65, 1, 381.

[45] La disposition de cet article, qui frappe indistinctement de nullité toute clause de non-garantie pour des faits personnels au vendeur, est rédigée d'une manière trop absolue. Il est, en effet, hors de doute, que le vendeur peut stipuler l'exemption de garantie, par un fait personnel antérieur à la vente. Troplong, I, 477. Duvergier, I, 337.

[46] Arg. art. 1599 cbn. 1629. Pothier, n° 188. Troplong, I, 231. Duvergier, I, 248.

[47] Une double condition est nécessaire pour que le vendeur soit passible de dommages-intérêts, dans l'hypothèse où l'acheteur connaissait le danger d'éviction. Il faut, en premier lieu, que le vendeur ait également connu ce danger : en l'absence de cette circonstance, on ne peut plus admettre qu'il ait entendu, par une promesse de garantie, contracter des engagements plus étendus que ceux auxquels il était soumis de plein droit. Il faut, en second lieu, une clause formelle de garantie : il est vrai qu'une pareille clause n'est pas, en général, plus efficace que la garantie tacite ou de droit : *Eadem est vis taciti atque expressi con-*

en pareil cas, autorisés à modérer les condamnations à prononcer au profit de l'acheteur[48].

Du reste, il importe peu, du moins en général, que ce dernier ait été averti par le vendeur du danger d'éviction, ou qu'il en ait lui-même obtenu connaissance par une autre voie[49]. Mais il en est autrement, lorsque la cause de l'éviction consiste dans des hypothèques existant, soit du chef d'un précédent propriétaire, soit du chef du vendeur[50]. Celui-ci n'est, dans ce cas, affranchi de la garantie, qu'autant qu'il a expressément déclaré ces hypothèques[51].

L'obligation de garantie cesse d'une manière absolue, c'est-à-

sensus. Mais il doit en être autrement dans l'hypothèse prévue au texte : si le vendeur, qui connaissait la cause d'éviction, s'est malgré cela soumis à la garantie, l'acheteur est fondé à dire que c'est précisément en vue de cette cause d'éviction que la garantie a été expressément stipulée et promise. Cpr. Pothier, n°s 191 et 192; Merlin, *Rép.*, v° Garantie, § 7, n° 2, *Quest.*, *eod. v°*, § 1; Duranton, XVI, 264; Troplong, I, 468 et 469; Duvergier, I, 334; Zachariæ, § 355, texte et note 22 ; Civ. cass., 27 messidor an X, Sir., 4, 1, 286.

48 Cpr. Duranton, XVI, 264 ; Req. rej., 8 novembre 1820, Sir., 21, 1, 402; Req. rej., 20 août 1835, Sir., 36, 1, 34; Civ. rej., 12 juillet 1837, Sir., 37, 1, 964.

49 Pothier, n° 188. Troplong, I, 418. Duvergier, I, 318. Req. rej., 20 juin 1843, Sir., 43, 1, 788. Douai, 16 février 1846, Sir., 46, 2, 319.

50 La connaissance que l'acheteur peut avoir eue des hypothèques qui grevaient l'immeuble, ne suffit pas pour prouver qu'il ait voulu renoncer à la garantie. Par cela même que le vendeur n'a pas expressément déclaré ces hypothèques, l'acheteur a pu et a dû supposer que ce dernier prendrait des arrangements pour dégrever l'immeuble. Duvergier, I, 219. Voy. en sens contraire : Pothier, n° 188; Merlin, *Rép.*, v° Garantie, § 7, n° 2.— Quant à M. Troplong (I, 418), il professe la même opinion que nous, en ce qui concerne les hypothèques provenant du vendeur lui-même ; mais il considère ce dernier comme affranchi de la garantie par rapport aux hypothèques existant du chef de précédents propriétaires, dès que l'acheteur en a eu connaissance par une voie quelconque. Les motifs sur lesquels s'appuie cet auteur, pour justifier cette distinction, ne nous paraissent pas concluants.

51 Le vendeur, qui déclare l'existence d'une hypothèque sur l'immeuble vendu, avertit par cela même l'acheteur qu'il sera dans la nécessité de purger cette hypothèque et de verser son prix entre les mains du créancier : cet avertissement équivaut à une stipulation de non-garantie. Troplong, I, 477. Duvergier, I, 319.— M. Duranton (XVI, 261) restreint l'effet d'une pareille déclaration aux hypothèques qui ne procèdent pas du chef du vendeur.

dire tant pour la restitution du prix que pour les dommages-intérêts, dans les circonstances suivantes :

a. Lorsque l'acheteur a renoncé à la garantie en connaissance des causes de l'éviction. Art. 1629.

b. Lorsqu'il a acheté à ses risques et périls. Art. 1629.

c. Lorsque l'éviction est le résultat d'une faute imputable à l'acheteur, par exemple, lorsqu'il s'est laissé condamner par un jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, sans avoir appelé en cause le vendeur, et que celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande ou la défense du tiers, auteur de l'éviction. Art. 1640.

3° *De la garantie des servitudes actives, et de celle des charges dont se trouve grevée la chose vendue.*

Lorsqu'un héritage a été vendu avec des servitudes actives, l'acquéreur, privé de l'exercice de ces servitudes, a droit à une indemnité[52]. Art. 1639, cbn. 1147.

L'acquéreur a également droit à une indemnité, lorsqu'il est obligé de souffrir l'exercice de charges occultes, dont le vendeur ne lui a pas suffisamment déclaré l'existence[53], et dont il n'avait d'ailleurs pas personnellement connaissance au moment de la vente[54]. Il en est ainsi, alors même que le titre constitutif d'une pareille servitude a été transcrit antérieurement à l'acte de vente[55].

[52] Cpr. Grenoble, 17 mai 1843, Sir., 45, 2, 397, Req. rej., 11 février 1852, Sir., 52, 1, 399.

[53] Cpr. Zachariæ, § 355, texte et note 24; Req. rej., 17 janvier 1842, Sir., 42, 1, 559 ; Paris, 3 avril 1849, Sir., 49, 2, 335 ; Req. rej., 20 mars 1850 et 29 janvier 1851, Sir., 51, 1, 86 ; Req. rej., 23 juin 1851, Sir., 51, 1, 728. Req. rej., 2 février 1852, Sir., 53, 1, 191 ; Poitiers, 7 décembre 1864, Sir., 65, 2, 235.

[54] Arg. art. 1629. *Non videtur esse celatus qui scit, neque certiorari debuit qui non ignoravit.* L. 1, § 1, D. *de act. empt. et vend.* (19, 1). Zachariæ, § 355, texte et note 25. Civ. rej., 7 février 1832, Sir., 32, 1, 690. Req. rej., 20 juin 1843, Sir., 43, 1, 789. Req. rej., 2 mai 1864, Sir., 65, 1, 381. Voy. cep. Orléans, 13 mars 1835, Sir., 36, 2, 531.

[55] Voy. en sens contraire : Mourlon, *De la transcription,* I, 166 à 168 ; Flandin, *De la transcription,* I, 426. Ces auteurs attachent à la transcription de l'acte constitutif de servitude une présomption d'après laquelle l'acquéreur devrait être réputé avoir connu de fait l'existence de la servitude. Mais c'est évidemment confondre la possibilité pour l'acquéreur de connaître, en recourant au registre des transcriptions, l'existence de la servitude, avec la connaissance

Les charges apparentes[56], et celles qui grèvent la chose vendue par la seule force de la loi[57], ne donnent lieu à aucune indemnité au profit de l'acheteur, qui est réputé les avoir connues, ou qui doit s'imputer de les avoir ignorées. Art. 1638.

L'indemnité à laquelle l'acheteur peut avoir droit, à raison de ces évictions partielles, se détermine d'après la règle posée par l'art. 1637[58]. Du reste, l'acheteur jouit de la faculté de demander la résiliation de la vente, lorsque les servitudes actives dont il est privé, ou que les charges qu'il est obligé de supporter sont de telle importance qu'il y ait lieu de présumer qu'il n'eût pas acheté, s'il n'avait pas compté sur la jouissance des unes, ou s'il avait été instruit de l'existence des autres. Art. 1636 et 1638.

Les autres principes développés au n° 2 ci-dessus s'appliquent, par analogie, et en tant que la nature des choses le permet, à la garantie dont il est ici question[59].

Au surplus, les parties peuvent, pour cette espèce de garantie, comme pour celle de l'éviction totale ou partielle, modifier les règles de Droit commun qui la régissent[60].

effective de cette charge, connaissance qui seule peut faire cesser l'obligation de garantie. MM. Flandin et Mourlon n'ont d'ailleurs pas remarqué que, si leur raisonnement était exact, le vendeur devrait également se trouver déchargé de toute garantie à raison de l'existence d'hypothèques, par cela seul qu'elles auraient été rendues publiques au moyen de l'inscription ; or, c'est ce qui n'est pas admissible, et ce que personne jusqu'à présent n'a osé soutenir.

[56] Cpr. Civ. rej., 12 août 1812, Sir., 13, 1, 202; Grenoble, 2 juillet 1840, Sir., 41, 2, 191; Bastia, 2 août 1854, Sir., 54. 2, 573; Req. rej., 8 novembre 1854, Sir., 54, 1, 765; Angers, 27 février 1867, Sir., 67, 2, 251.

[57] Telles sont, outre les servitudes légales indiquées par le Code Napoléon, les obligations résultant de l'alignement, les servitudes militaires, etc., etc. Duvergier, I, 378. Zachariæ, § 355, texte et note 23. Orléans, 21 janvier 1835, Sir., 35, 2, 247. Colmar, 18 novembre 1836, Sir., 37, 2, 215. Grenoble, 21 juillet 1840, Sir., 41, 2, 191. Req. rej., 20 février 1865, Sir., 65, 1, 164. Voy. aussi : Civ. rej., 29 juin 1819, Sir., 19, 1, 81.

[58] Duvergier, I, 381. Bordeaux, 11 août 1857, Sir., 57, 2, 663.

[59] Zachariæ, § 255, texte et note 25.

[60] L'interprétation des clauses relatives à la garantie des charges, fait souvent naître de sérieuses difficultés. Par exemple, la clause que *le fonds est vendu franc et libre de toutes charges et servitudes*, soumet-elle le vendeur à la garantie des servitudes apparentes ? Le vendeur est-il, d'un autre côté, affranchi de la garantie des charges occultes, lorsque le contrat porte que l'immeuble est vendu *tel et en tel état qu'il est, tel qu'il se poursuit et comporte, et que l'acheteur a dit bien*

§ 355 *bis*.

Continuation. — De la responsabilité[1] *relative aux défauts cachés de la chose vendue.*

Les règles que le Code Napoléon établit en cette matière ont été modifiées par la loi du 20 mai 1838. Cette loi, qui, d'après l'ensemble de ses dispositions, ne concerne que les ventes et échanges d'animaux des espèces chevaline, bovine et ovine, n'a point dérogé aux dispositions du Code Napoléon, quant aux ventes d'animaux domestiques de toute autre espèce[2], ni, à plus forte raison, quant aux ventes d'objets d'une autre nature.

connaître, avec les servitudes tant actives que passives? Ces questions, qui ne nous paraissent pas susceptibles d'une solution *a priori*, doivent être décidées d'après les circonstances, d'autant plus que l'on courrait risque de se tromper sur la véritable intention des parties, en s'attachant servilement à la lettre de formules qui, le plus souvent, ne sont que de style. Cpr. L. 39, D. *de act. empt. vend.* (19. 1); Duranton, XVI, 302 ; Troplong, I, 527 et suiv.; Duvergier, I, 379 ; Req. rej., 6 mars 1817, Sir., 17, 1, 265 ; Agen, 30 novembre 1830, Dalloz, 1831, 2, 76 ; Dijon, 24 août 1843, Sir., 42, 2, 496 ; Paris, 2 août 1853, Sir., 54, 2, 138.

[1] Nous avons substitué au terme *garantie*, dont la loi se sert en cette matière, celui de *responsabilité*. Il ne s'agit point ici d'une véritable garantie. La garantie, en effet, dans le sens propre de ce mot, suppose l'obligation de prendre le fait et cause d'une personne, pour faire rejeter une demande dirigée contre elle, ou une défense qu'on lui oppose. Cpr. § 310, texte et note 1re. Zachariæ, § 355, texte et note 27.

[2] La Cour de cassation (Civ. rej., 17 avril 1855, Sir., 55, 1, 600) a décidé que la ladrerie du porc ne donne point ouverture à l'action rédhibitoire. Cet arrêt, que justifie, au fond, la discussion à la suite de laquelle la Chambre des députés supprima la disposition du projet de loi qui rangeait la ladrerie du porc au nombre des vices rédhibitoires, par la considération que ce vice était facile à reconnaître, renferme, dans ses motifs, une doctrine contraire à la proposition émise au texte. D'après cette doctrine, la loi du 20 mai 1838 serait limitative, non-seulement en ce qui concerne les vices de nature à donner ouverture à l'action rédhibitoire, mais encore quant aux espèces d'animaux domestiques à l'égard desquelles il pourrait y avoir lieu à une pareille action. Nous ne saurions partager cette manière de voir, qui nous paraît en opposition avec le texte même de l'art. 1er de cette loi. Il résulte, en effet, des mots *ci-dessous dénommés*, que le législateur n'a entendu déroger au Droit commun que pour les ventes d'animaux des espèces chevaline, bovine et ovine, dont seules il est question dans la loi du 20 mai 1838, et qu'ainsi cette loi reste sans application aux ventes d'animaux domestiques de toute autre espèce.

1° Des règles de Droit commun qui régissent la matière.

Le vendeur est responsable des défauts cachés de la chose vendue lorsqu'ils la rendent impropre à l'usage auquel elle est destinée[3], ou qu'ils diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'eût pas acquise ou n'en eût donné qu'un prix moindre s'il les avait connus. Les défauts de cette nature sont appelés vices rédhibitoires. Art. 1641.

L'absence seule de certaines qualités, dont se trouverait dépourvue la chose vendue, ne constitue pas un vice de nature à donner lieu à l'action rédhibitoire[4]. Mais si la qualité qui fait défaut avait formé une condition expresse ou tacite de la vente, celle-ci serait susceptible d'être annulée pour cause d'erreur[5].

A plus forte raison, le déficit sur le poids ou dans l'aunage ne constitue-t-il pas un vice rédhibitoire. Un pareil déficit pourrait seulement donner lieu à une demande en indemnité[6].

Les défauts qui se rencontrent dans la chose vendue n'engagent la responsabilité du vendeur qu'autant qu'ils sont cachés.

Les vices apparents, c'est-à-dire ceux dont l'acheteur aurait pu se convaincre par une vérification exacte de la chose vendue, ne donnent lieu, sauf convention contraire, soit expresse, soit tacite[7], à aucun recours contre le vendeur, lors même que cette vérification aurait présenté plus ou moins de difficulté au moment de la vente[8].

Enfin, le vendeur n'est pas responsable des défauts, même ca-

[3] Tel serait le cas où des graines, vendues pour semence, n'auraient pas levé convenablement, par suite du vice propre de la chose. Civ. rej., 22 mars 1853. Sir., 53, 1, 480. Amiens, 16 janvier 1862, Sir., 62, 2, 156. — Quand il s'agit d'une destination spéciale, l'acheteur doit justifier qu'elle était connue du vendeur. Civ. cass., 14 janvier 1857, Sir., 57, 1, 186. Req. rej., 4 janvier 1859, Sir., 59, 1, 936.

[4] Troplong, II, 355. Duvergier, I, 390. Zachariæ, § 355, texte et note 28. Paris, 17 juin 1813, Sir., 14, 2, 85. Trib. de la Seine, 28 janvier 1848, Sir., 48, 2, 99.

[5] Voy. § 343 *bis*, texte n° 1, notes 2 et 3.

[6] Troplong, I, 359. Zachariæ, § 355, note 29. Bordeaux, 25 avril 1828, Sir., 28, 2, 258.

[7] Alger, 21 mars 1853, Sir., 53, 1, 673.

[8] Duvergier, I, 391. — M. Duranton (XVI, 310) enseigne le contraire, en se fondant sur les termes de l'art. 1642, *et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même*. Mais le sens qu'il attache à ces termes est évidemment erroné. — Il résulte de la proposition énoncée au texte, que la réception et l'enlèvement de la chose vendue rendent, en général, l'acheteur non recevable à se plaindre des

chés, qui, sans rendre la chose vendue impropre à l'usage auquel elle était destinée, ou sans en diminuer notablement l'usage, lui ôteraient seulement de son agrément[9].

Il est, du reste, bien entendu, que le vendeur n'est responsable que des vices qui existaient déjà au moment du contrat. Si le délai dans lequel le recours doit être exercé se trouve fixé par la loi ou par l'usage, les vices qui se manifestent dans le cours de ce délai sont, jusqu'à preuve contraire, présumés avoir existé à l'époque de la vente[10]. Lorsqu'il s'agit, au contraire, de vices à l'égard desquels la loi ou l'usage ne fixent aucun délai pour l'exercice du recours, c'est à l'acheteur à prouver que ces vices existaient au moment du contrat[11].

La responsabilité dont il est ici question a lieu dans les ventes d'immeubles[12], comme dans celles de choses mobilières corporelles. Elle s'applique même aux ventes de meubles incorporels, par exemple aux cessions d'offices ministériels, en ce sens que les causes ou circonstances cachées, de nature à diminuer sensiblement la valeur ou les produits de l'office, donnent ouverture à un recours contre le cédant[13].

vices qu'il eût pu reconnaître par une vérification préalable. On devrait cependant décider le contraire, quant aux ventes de marchandises dont la vérification, d'après un usage constant, ne se fait que dans les magasins de l'acheteur. Rouen, 11 décembre 1806, Sir., 7, 2, 10.

[9] Caen, 22 novembre 1826, Sir., 27, 2, 223.

[10] Delvincourt, III, p. 152. Duranton, XVI, 314. Troplong, II, 569. Duvergier, I, 403. Zachariæ, § 356, note 29. Besançon, 12 juillet 1808, Sir., 9, 2, 298. Cpr. cep. Bruxelles, 29 messidor an XIII, Sir., 5, 2, 269.

[11] Duranton, Troplong et Duvergier, *locc. citt.* Zachariæ, § 355, note 28. Req. rej., 23 juin 1835, Sir., 35, 1, 617.

[12] L. 1 et L. 63, § 2, D. *de edil. edic.* (21, 1). Pothier, n[os.] 203 et suiv. Troplong, II, 548. Duvergier, I, 306. Zachariæ, *loc. cit.* Lyon, 5 août 1824, Sir., 24, 2, 365. Bourges, 18 novembre 1843, Sir., 44, 2, 347. Civ. rej., 29 mars 1852, Sir., 52, 1, 321. Req. rej., 16 novembre 1853, Sir., 53, 1, 673 et 54, 1, 176. Paris, 29 avril 1864, Sir., 64, 2, 153. Pau, 27 novembre 1867, Sir., 68, 2, 10. Cpr. Montpellier, 23 février 1807, Sir., 7, 2, 298. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 317. — L'art. 1641 est-il applicable à la cession de la mitoyenneté d'un mur ? Voy. pour la négative : Civ. rej., 17 février 1864, Sir., 64, 1, 117.

[13] Aix, 26 juillet 1838, Sir., 39, 2, 486. Bourges, 27 janvier 1843, Sir., 43, 2. 501. Civ. rej., 2 août 1847, Sir., 47, 1, 705. Lyon, 2 mai 1849, Sir., 50, 2, 512. Bordeaux, 19 novembre 1850, Sir., 51, 2, 100. Cpr. Bourges, 28 janvier 1853, Sir., 53, 2, 113: Req. rej., 13 décembre 1853, Sir., 54, 1, 93. —

Mais cette responsabilité n'a pas lieu dans les ventes qui ne peuvent être faites que d'autorité de justice. Art. 1649 [14].

Lorsque la chose vendue est entachée d'un vice rédhibitoire, l'acheteur a le choix, ou de garder la chose en se bornant à demander une diminution de prix (*actio quanti minoris*), ou de rendre la chose et de se faire restituer le prix, avec les intérêts du jour du paiement, et les frais occasionnés par la vente (*actio redhibitoria*). Art. 1644. Toutefois, si l'acheteur avait grevé de servitudes ou d'hypothèques l'immeuble par lui acquis, il ne serait admis à exercer l'action rédhibitoire qu'à la condition de le dégrever de ces charges [15].

L'acheteur qui exerce l'action rédhibitoire est tenu de faire état au vendeur des produits de la chose qu'il a recueillis ou des bénéfices qu'il a retirés de son usage [16]. Il n'a, d'ailleurs, pas droit à des dommages-intérêts, à moins qu'il ne prouve que le vendeur connaissait les vices de la chose, ou que ce dernier ne doive, à raison de sa profession, être présumé les avoir connus [17]. Art. 1645 et 1648.

L'acheteur peut, après avoir intenté l'action rédhibitoire, l'abandonner pour s'en tenir à l'action en diminution de prix, et *vice versa* [18]. Mais, après le rejet de l'une de ces actions, la chose jugée s'oppose à l'exercice de l'autre [19].

Mais le seul mécompte éprouvé par l'acheteur relativement aux produits de l'office, ne l autoriserait pas à demander la réduction du prix, si aucune manœuvre frauduleuse n'avait été pratiquée à son égard pour exagérer ces produits, et surtout s'il avait été mis à même de vérifier le rapport de l'office. Paris, 14 décembre 1832 et 1er mars 1844, Sir., 33, 2. 426, et 44, 2, 307. Bordeaux, 10 mai 1848, Sir., 48, 2, 545. Colmar, 22 août 1860, Sir., 61, 2, 519. Req. rej., 10 février 1863, Sir., 63, 1, 117.

[14] Cet article doit être entendu dans le même sens que l'art. 1684. Cpr. § 358, texte, notes 13 et 14. Troplong, I, 584 et 585. Duvergier, I, 408. Pau, 27 novembre 1867, Sir., 68, 2, 10.

[15] Cpr. Troplong, II, 575 ; Larombière, *Des obligations*, II, p. 424, nos 103 et 104.

[16] D'ordinaire, on compense les bonifications à faire par l'acheteur, avec les intérêts du prix. Pothier, n° 218. Duranton, XVI, 324. Troplong, II, 573. Duvergier, I, 410.

[17] *Unusquisque peritus esse debet artis suæ*. Pothier, n° 213. Duranton, XVI, 322 et 323. Troplong, II, 574. Duvergier, I, 412. Zachariæ, § 455, texte et note 31. Cpr. Amiens, 16 janvier 1862, Sir., 62, 2, 256.

[18] Civ. cass., 21 janvier 1856, Sir., 56, 1, 865.

[19] Cpr. § 323, texte et note 13 ; § 769.

La responsabilité du vendeur cesse :

a. Lorsque l'acheteur a renoncé à tout recours à raison des défauts de la chose. Toutefois, le vendeur resterait, malgré une pareille renonciation, soumis à la responsabilité ordinaire, s'il avait connu ces défauts, à moins que l'acquéreur n'eût acheté à ses risques et périls[20]. Art. 1643 et 1629.

b. Lorsque, avant la vente, l'acheteur a obtenu, par une voie quelconque, connaissance positive des vices de la chose[21]. Arg. art. 1641.

c. Lorsque la chose a péri par la faute de l'acheteur ou même par cas fortuit[22]. Si elle a péri par l'effet des vices dont elle était entachée, le vendeur en demeure responsable. Art. 1647.

L'action rédhibitoire et l'action en diminution de prix doivent être intentées dans un court délai[23]. La question de savoir si l'action de l'acheteur est recevable sous ce rapport, reste abandonnée à l'appréciation des tribunaux[24], à moins qu'il ne s'agisse de ventes à l'égard desquelles le délai se trouve fixé par la loi ou par l'usage[25]. Pour la solution de cette question, le juge doit se décider d'après la nature particulière du vice rédhibitoire dont se plaint

[20] Troplong, II, 500. Zachariæ, § 355, note 32.

[21] L'acheteur aurait droit à garantie, s'il n'avait eu que de simples soupçons sur l'existence du vice dont il se plaint, ou s'il avait, à raison de ce vice, stipulé une garantie expresse. L. 4, § 5, D. *de dol. et met. except.* (44, 4). Pothier, nº 210. Duranton, XVI, 311. Duvergier, I, 401.

[22] Le Droit romain, au contraire, admet l'action rédhibitoire, quoique la chose ait péri par cas fortuit, ou même par la faute de l'acheteur, à charge par celui-ci de souffrir, au dernier cas, la déduction de la valeur que la chose avait au moment où elle a péri. L. 47, § 1, L. 31, § 11, D. *de edil. edict.* (21, 1). Cette théorie était conforme tout à la fois à l'équité et aux principes généraux du Droit. On doit regretter que les rédacteurs du Code Napoléon l'aient abandonnée, pour établir un système, plus commode sans doute en pratique, mais qui blesse évidemment les droits de l'acheteur, et qui repose sur une fausse application de la maxime *Res perit domino*. Duranton, XVI, 326. Duvergier, I, 414. — M. Troplong (II, 568) approuve la disposition du deuxième alinéa de l'art. 1647; mais, par une contradiction qu'on ne peut s'expliquer, il accorde à l'acheteur un recours en garantie, lorsque la chose a péri par sa faute.

[23] Cpr. Bordeaux, 19 novembre 1850, Sir., 51, 2, 100.

[24] *Rapport au Tribunat*, par Faure (Locré, *Lég.*, XIV, p. 210). Lyon, 5 août 1824, Sir., 24, 2, 365.

[25] D'après Zachariæ (§ 355, note 36), le juge jouirait, même dans les cas où le délai de l'action rédhibitoire se trouve fixé par l'usage, d'un pouvoir d'appré-

l'acheteur, et le temps qui s'est écoulé depuis le moment auquel ce vice a pu ou dû se révéler[26]. Art. 1648.

Quand le délai pour l'introduction de l'action se trouve déterminé par la loi ou par l'usage, il ne suffit pas que le vice rédhibitoire soit régulièrement constaté durant ce délai, il faut que l'action elle-même soit intentée avant son expiration[27].

Le délai fixé par la loi ou par l'usage court, en général, et à moins d'indication d'un autre point de départ, du jour même de la vente[28]. Cependant, si l'époque de la livraison avait été différée par la convention, ou si le vendeur avait été mis en demeure de livrer, le délai ne courrait que du jour fixé pour la livraison, ou de celui de la tradition réelle[29]. La seule circonstance que l'acheteur n'aurait découvert qu'après ces diverses époques, le vice rédhibitoire dont il allègue l'existence, ne suspend pas le cours du délai[30].

ciation, en vertu duquel il pourrait admettre cette action après l'expiration de ce délai. Voy. aussi dans ce sens : Paris, 4 août 1834, Sir., 36, 2, 555. Cette opinion ne repose que sur une interprétation erronée de l'art. 1648, qui, en disant *suivant la nature des vices rédhibitoires*, n'a eu en vue que la diversité des délais admis par les usages, en matière de vente d'animaux domestiques, suivant le caractère de tel ou tel vice rédhibitoire.

[26] Req. rej., 16 novembre 1853, Sir., 53, 1, 673, et 54, 1, 176.

[27] Zachariæ, § 355, note 35. Civ. cass., 18 et 19 mars 1833, Sir., 33, 1, 277. Civ. cass., 10 juillet 1839, Sir., 39, 1, 859. Cpr. cep. Troplong, II, 589; Duvergier, I, 405. Voy. en sens contraire : Bourges, 12 mars 1831, Sir., 32, 2, 94.

[28] Duvergier, I, 405. Zachariæ, § 355, texte et note 35. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 588.

[29] Au premier cas, on peut et on doit présumer que, par cela même que l'époque de la livraison a été reculée, le vendeur s'est soumis à l'obligation de répondre, non-seulement des vices rédhibitoires déjà existants au moment de la vente, mais de ceux mêmes qui viendraient à se produire dans l'intervalle de la vente à la livraison. Cette idée paraît avoir servi de base à la disposition de l'art. 3 de la loi du 20 mai 1838. Voy. cep. Zachariæ, § 355, note 35 ; Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 139. Au second cas, il y a lieu d'appliquer la disposition de l'art. 1138, d'après laquelle le vendeur, constitué en demeure de livrer, reste chargé des risques et périls de la chose. Voy. aussi : art. 1302.

[30] Troplong, II, 587. Zachariæ, *loc. cit.*

2° Des règles spéciales établies par la loi du 20 mai 1838, en matière de vente et d'échange de certains animaux domestiques[31].

Les coutumes ou les usages locaux avaient, pour les ventes de certains animaux domestiques, déterminé, d'une manière limitative, les défauts cachés qui devaient être considérés comme vices rédhibitoires. Mais le Code Napoléon n'ayant pas maintenu, sous ce rapport, l'autorité des coutumes ou usages, les tribunaux furent, à partir de sa promulgation, autorisés à déclarer le vendeur responsable de défauts cachés qui n'étaient pas autrefois rangés au nombre des vices rédhibitoires. De nombreux inconvénients résultèrent de cet état de choses ; et c'est dans le but d'y remédier, que fut rendue la loi du 20 mai 1838.

Cette loi, dans son article premier, auquel nous nous bornerons à renvoyer, énumère de nouveau, d'une manière limitative, les maladies ou défauts pouvant donner ouverture à l'action rédhibitoire, dans les ventes ou échanges de chevaux, ânes ou mulets, et d'animaux de l'espèce bovine, ou de l'espèce ovine[32].

Les autres articles de cette loi renferment, en outre, diverses dispositions spéciales ou exceptionnelles, dont nous allons présenter l'analyse.

L'action en diminution de prix n'est pas admise dans les ventes d'animaux domestiques appartenant aux espèces ci-dessus indiquées ; la seule action ouverte, en pareil cas, à l'acheteur, est celle en rédhibition. Art. 2.

Le délai pour intenter l'action rédhibitoire est de trente jours, au cas de fluxion périodique des yeux ou d'épilepsie, et de neuf jours seulement, dans tous les autres cas. Ces délais ne courent pas du jour de la vente, mais seulement du jour fixé pour la livraison. Si le vendeur avait été mis en demeure de livrer, ils ne courraient même que du jour de la tradition réelle[33]. Enfin, ces délais

[31] Cpr. sur cette matière : *Traité théorique et pratique de l'action rédhibitoire, dans le commerce des animaux domestiques*, par Dejean, 2e édit.; Paris, 1861, 1 vol. in-12. *Nouveau traité des vices rédhibitoires et de la garantie, dans les ventes et échanges d'animaux domestiques*, par Galisset et Mignon ; Paris, 1865, 1 vol. in-12.

[32] Civ. cass., 7 avril 1846, Sir., 46, 1, 298. Civ. rej., 17 avril 1855, Sir., 55, 1, 600. Paris, 11 mars 1867, Sir., 68, 2, 107. Cpr. Req. rej., 22 novembre 1842, Sir., 43, 1, 58.

[33] Arg. art. 1138 et 1302. *Rapport de la commission, et discussion à la chambre des députés* (*Moniteur* des 25 et 28 avril 1838).

sont francs, et ne comprennent, ni le *dies a quo*, ni le *dies ad quem*[34]. Art. 3.

Si l'animal a été livré hors du lieu du domicile du vendeur, ou si, la livraison ayant été effectuée dans ce lieu, il a été, avant l'expiration des délais ci-dessus déterminés, conduit dans un autre lieu, ces délais sont augmentés d'un jour par cinq myriamètres de distance du domicile du vendeur au lieu où l'animal se trouve. Art. 4.

Pour éviter la déchéance de son recours, l'acheteur doit non-seulement intenter son action dans les délais fixés par l'art. 3, mais de plus provoquer, dans les mêmes délais, au moyen d'une requête présentée au juge de paix du lieu où l'animal se trouve, la nomination d'un ou de trois experts chargés de l'examiner. Art. 5[35]. L'accomplissement de cette dernière formalité, qui est complétement indépendante de l'obligation imposée à l'acheteur d'introduire son action dans les délais précédemment indiqués, ne suffirait pas pour lui conserver un recours utile contre le vendeur, qu'il n'aurait actionné qu'après l'expiration de ces délais[36].

Du reste, l'acheteur, qui a laissé passer les délais fixés pour l'exercice de l'action rédhibitoire, n'en conserve pas moins le droit de poursuivre, conformément aux dispositions du Code d'instruction criminelle, la réparation du préjudice que le vendeur peut lui avoir causé par la livraison d'un animal infecté d'une maladie contagieuse[37].

[34] La raison en est que les délais fixés pour l'exercice de l'action rédhibitoire, constituent des termes d'épreuves, dont l'acheteur doit jouir intégralement. Civ. rej., 24 janvier 1849, Sir., 49, 1, 167. Rouen, 27 mars 1858, Sir., 59, 2, 337. Civ. cass., 3 mai 1859, Sir., 59, 1, 494. Civ. cass., 10 novembre 1862, Sir., 62, 1, 1024.

[35] Il résulte de cet article que, dans les cas prévus par la loi du 20 mai 1838, l'expertise est le seul moyen de preuve admis pour établir l'existence du vice rédhibitoire. Amiens, 2 mars 1855, Sir., 55, 2, 313.

[36] Civ. cass., 23 mars 1840, Sir., 40, 1, 431. Civ. cass., 5 mai 1846, Sir., 46, 1, 431. Civ. cass., 17 mai 1847, Sir., 47, 1, 848. Civ. cass., 15 mai 1854, Sir., 54, 1, 457. Civ. cass., 10 décembre 1855, Sir., 56, 1, 237.

[37] Code pénal, art. 459. Rouen, 22 novembre 1839, Sir., 40, 2, 199. Paris, 16 mars 1844, Sir., 45, 2, 30. Crim. rej., 17 juin 1847, Sir., 47, 1, 680. Bordeaux, 20 avril 1864, Sir., 64, 2, 499. Metz, 31 août 1864, Sir., 64, 2, 252. Cpr. Crim. cass., 12 mai 1855, Sir., 56, 1, 361. Voy. cep. Aix, 23 novembre 1843, Sir., 44, 2, 303.

La mort de l'animal vendu, alors même qu'elle a eu lieu dans les délais fixés pour l'exercice de l'action rédhibitoire, est au compte de l'acheteur, à moins qu'il ne prouve que cette mort est le résultat de l'une des maladies spécifiées en l'article 1er. Art. 7. Encore le vendeur reste-t-il, même dans cette hypothèse, affranchi de toute responsabilité, en ce qui concerne la morve et le farcin pour le cheval, l'âne, ou le mulet, et la clavelée pour les animaux de l'espèce ovine, s'il établit que, depuis la livraison, l'animal vendu a été mis en contact avec des animaux atteints de ces maladies. Art. 8.

Il est, au surplus, à remarquer que le vendeur peut, par une convention spéciale, s'engager à répondre de défauts autres que ceux qui donnent lieu à l'action rédhibitoire, en vertu de la loi du 20 mai 1838 [38]. Dans ce cas, on rentre sous l'empire du Droit commun, notamment en ce qui concerne les délais dans lesquels le recours de l'acheteur doit être exercé, délais dont la détermination reste par conséquent abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux [39].

§ 356.

Des obligations de l'acheteur en particulier.

1° *De l'obligation de prendre livraison.*

L'acheteur est tenu de prendre livraison de la chose vendue, et de l'enlever, s'il y a lieu, au terme fixé par la convention ou par les usages locaux (art. 1135), et, à défaut d'un terme convenu ou réglé par les usages, immédiatement après la vente [1].

Lorsque l'acheteur d'une chose mobilière néglige de la retirer,

[38] Rouen, 24 août 1842, Sir., 43, 2, 51. Req. rej., 20 juillet 1843, Sir., 43, 1, 802.

[39] La disposition de l'art. 3, qui fixe les délais dans lesquels l'action rédhibitoire doit être intentée, se lie d'une manière intime avec celle de l'art. 1er, qui énumère les vices pouvant donner ouverture à cette action. Ces délais ayant été calculés d'après la nature particulière de chacun des vices rédhibitoires spécifiés dans l'art. 1er, ce serait arbitrairement étendre la disposition qui en détermine la durée, que de l'appliquer à des défauts dont cet article ne s'est pas occupé. Duvergier, I, 407. Cpr. cep. trib. de Caen, 5 mai 1848, Sir., 48, 2, 544. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 590.

[1] L'acheteur jouit cependant du délai qui lui est moralement nécessaire pour le retirement des choses vendues.

le vendeur, après l'avoir constitué en demeure au moyen d'une sommation, a droit à des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause le défaut d'enlèvement, et peut, ou se faire autoriser par justice à déposer la chose vendue dans un lieu déterminé, et poursuivre le paiement du prix [2], ou bien demander la résolution de la vente. Art. 1264 et 1184.

Si le délai dans lequel le retirement doit avoir lieu, a été déterminé par la convention [3], et que la vente ait d'ailleurs pour objet une chose mobilière, la résolution, au profit du vendeur [4], a même lieu de plein droit, et sans sommation préalable, par le seul effet de l'expiration du terme convenu pour le retirement. Art. 1657 [5].

[2] Pothier, n°s 291 et suiv. Duranton, XVI, 333. Troplong, II, 675 et suiv. Duvergier, I, 468 et suiv.

[3] Duranton, XVI, 383. Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, n° 50. Demolombe, XXV, 545. — MM. Troplong (II, 679) et Duvergier (I, 474) enseignent, par argument de l'art. 1657, que, dans le cas même où l'époque du retirement n'a point été fixée par la convention, la résolution de la vente a lieu de plein droit, au profit du vendeur, lorsque celui-ci a fait sommation à l'acheteur de retirer la chose vendue dans un délai déterminé, et que ce dernier a laissé passer ce délai sans obtempérer à cette sommation. Voy. dans le même sens : Douai, 8 janvier 1846, Sir., 46, 2, 252. Cpr. aussi : Bordeaux, 8 décembre 1853, Sir., 54, 2, 595. Mais cette opinion, qui s'écarte des principes généraux en matière de résolution (art. 1184, cpr. § 302), ne se justifie point, comme le pensent ces auteurs, par la considération que la mise en demeure résultant de la sommation faite par le vendeur, doit produire les mêmes effets que la mise en demeure qui s'opère par la seule expiration du terme fixé pour le retirement. En effet, la résolution de plein droit prononcée par l'art. 1657 est moins une conséquence de la mise en demeure de l'acheteur, qu'un effet de l'intention présumée des parties, qui, en fixant un terme pour le retirement, sont censées avoir voulu laisser au vendeur la faculté de disposer à son gré des choses vendues, après l'expiration de ce terme.

[4] Comme la résolution n'a lieu que dans l'intérêt du vendeur, celui-ci peut, s'il le juge convenable, poursuivre l'exécution du contrat. Cpr. art. 1184, al. 2. Delvincourt, sur l'art. 1657. Troplong, II, 681 et suiv. Zachariæ, § 356, texte et note 3.

[5] Cpr. Bourges, 10 février 1844, Sir., 45, 2, 425. — L'art. 1657 s'applique-t-il aux ventes commerciales ? La négative résulte formellement de la discussion au Conseil d'Etat (Locré, *Lég.*, XIV, p. 60, n° 45). Voy. en ce sens : Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 288 ; Maleville, sur l'art. 1657 ; Duvergier, I, 475 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, III, 250 et suiv. ; Alauzet, *Dissertation*, *Revue de législation*, 1841, XXI, p. 331. Voy. en sens

L'acheteur doit, en prenant livraison, rembourser au vendeur les dépenses que celui-ci a faites, pour la conservation de la chose, depuis le moment de la vente[6].

2° De l'obligation de payer le prix.

L'acheteur est tenu de payer le prix de vente, au lieu et à l'époque déterminés par la convention, et, à défaut de stipulation, au lieu et au moment où doit s'effectuer la délivrance[7]. Art. 1650 et 1651.

Si la vente a été faite à crédit, ou que l'usage accorde un terme pour le paiement, le prix est payable au domicile de l'acheteur[8]. Art. 1247, al. 2. Mais on doit s'en tenir à la règle posée par l'art. 1651, lorsque la vente ayant été faite au comptant, le vendeur a ultérieurement accordé à l'acheteur un terme de pure complaisance[9].

L'acheteur, qui a juste sujet de craindre d'être troublé[10] par

contraire : Troplong, II, 680 : Favard, *Rép.*, v° Acheteur, n° 4 ; Zachariæ, § 356, note 2; Civ. cass., 27 février 1828, Sir., 28, 1, 357 ; Bourges, 1[er] février 1837 et 10 février 1844, Sir., 37, 2, 429 et 45, 2, 425 ; Douai, 8 janvier 1846, Sir., 46, 2, 252 ; Angers, 14 mai 1847, Sir., 47, 2, 412 ; Douai, 10 juillet 1847, Sir., 49, 2, 12. Req. rej., 6 juin 1848, Sir., 49, 1, 65 ; Bordeaux, 18 novembre et 8 décembre 1853, Sir., 54, 2, 394 et 395.

[6] Pothier, n[os] 292 et 293. Troplong, II, 683 et 684.

[7] Il en est ainsi, lors même que la délivrance est devenue impossible, par exemple, par la perte de la chose. Cpr. § 348.

[8] Merlin, *Rép.*, v° Tribunal de commerce, n° 6. Toullier, VII, 92. Duranton, XVI, 331. Duvergier, I, 417. Zachariæ, § 356 ; texte et note 4. Civ. rej., 14 juin 1813, Sir., 13, 1, 353. Limoges, 19 janvier 1828, Sir., 28. 2, 336.

[9] En effet, le vendeur, en renonçant à demander le paiement du prix au moment de la délivrance, ne saurait, pour cela, être considéré comme ayant renoncé au droit d'exiger ce paiement au lieu où la délivrance s'est faite. *Renuntiatio est strictissimæ interpretationis.* Delvincourt, III, p. 153. Duranton, *loc. cit.* Zachariæ, § 356, note 4 *in fine*. Voy. en sens contraire : Toullier et Duvergier, *locc. citt.*

[10] Dans l'ancien droit, l'acheteur n'était autorisé à suspendre le paiement du prix, que lorsqu'il y avait un commencement de trouble effectif. La disposition du Code Napoléon, qui lui accorde cette faculté dès qu'il existe un simple danger de trouble, est plus équitable. L'acheteur qui est réellement troublé, ou qui est à même d'établir que le vendeur n'était pas propriétaire de la chose, peut, non-seulement refuser de se dessaisir du prix, mais encore exercer son recours en garantie, ou demander l'annulation de la vente en vertu de l'art. 1599. L'offre d'une caution de la part du vendeur ne saurait arrêter les actions qui, en pareil cas, compètent à l'acheteur.

une action pouvant entraîner son éviction, est autorisé à suspendre le paiement du prix, et ne peut pas même être contraint à le consigner[11]. Toutefois, le vendeur est, même dans ce cas, admis à exiger le paiement du prix, en offrant de donner caution pour sa restitution[12]. Art. 1653[13].

L'acheteur, quoique autorisé, à raison d'une juste crainte de trouble, à suspendre le paiement du prix, ne peut se refuser, par ce motif, au paiement des intérêts[14]; et, d'un autre côté, il n'a pas le droit de réclamer caution, quand le vendeur n'exige pas le paiement du prix[15].

La faculté de retenir le prix cesse, lorsque l'acheteur s'est engagé à payer, nonobstant tout trouble, ou lorsque, connaissant le danger d'éviction, il a cependant promis de payer son prix dans un délai déterminé[16]. Elle doit, à plus forte raison, être refusée à l'acheteur qui, par exception à la règle générale, ne serait pas admis à demander, en cas d'éviction, la restitution du prix.

L'appréciation des faits et des actes sur lesquels l'acheteur fonde la crainte d'éviction, est abandonnée à l'arbitrage des tribunaux, qui, sans exiger de l'acheteur la preuve rigoureuse du danger de trouble, ne doivent cependant pas s'arrêter à des motifs de crainte dont la sincérité serait douteuse[17].

L'acquéreur qui a payé son prix, ne peut, sous prétexte de crainte d'éviction, en demander la restitution[18]; peu importe qu'il l'ait

[11] Lyon, 17 mars 1864, Sir., 64, 2, 148.

[12] La caution ne peut être exigée que pour la restitution du prix, et non pour le montant des dommages que l'acheteur pourra éprouver par suite de l'éviction. Zachariæ, § 356, note 18. Civ. cass., 22 novembre 1826, Sir., 27, 1, 230.

[13] *Quid*, lorsque le danger de trouble ne porte que sur une partie de la chose vendue? Cpr. Duranton, XVI, 346; Zachariæ, § 356, note 15; Civ. rej., 24 décembre 1834, Sir., 35, 1, 280.

[14] Troplong, II, 611. Duvergier, I, 422. Zachariæ, § 356, note 17. Turin, 5 juillet 1808, Sir., 12, 2, 377. Turin, 13 janvier 1811, Sir., 12, 2, 281. Riom, 2 janvier 1830, Sir., 33, 2, 41.

[15] Douai, 23 mai 1853, Sir., 54, 2, 9.

[16] Paris, 16 juillet 1832, Sir., 32, 2, 517. Civ. cass. 5 février 1840, Sir., 40, 1, 511. Cpr. Civ. cass., 24 mars 1829, Sir., 29, 1, 838.

[17] Cpr. Agen, 10 janvier 1810, Sir., 15, 2, 182; Req. rej., 26 juin 1816, Sir., 16, 1, 433; Rouen, 12 avril 1826, Sir., 26, 2, 305; Lyon, 29 décembre 1827, Sir., 28, 2, 287; Orléans, 9 juillet 1829, Sir., 29, 2, 219; Req. rej., 25 avril 1831, Sir., 31, 1, 623; Paris, 26 février 1833, Sir., 33, 2, 231.

[18] Pothier, n° 282. Troplong, II, 614. Duvergier, I, 430. Taulier, VI, p. 114.

payé au vendeur lui-même, ou qu'il l'ait versé au notaire rédacteur de l'acte de vente, chargé de le conserver en dépôt, jusqu'après l'accomplissement des formalités hypothécaires [19]. Il ne pourrait même pas retirer le prix qu'il aurait consigné en vertu des art. 2186 du Code Nap. et 777 du Code de procéd. Seulement, est-il, en pareil cas, autorisé à intervenir à l'ordre, pour demander qu'une somme suffisante à le garantir des suites de l'éviction dont il est menacé, reste déposée à la caisse des consignations [20].

Le prix de vente ne porte intérêt que dans les cas suivants: lorsque l'acheteur a formellement promis des intérêts; lorsqu'il a été sommé de payer le prix; enfin, lorsque la chose vendue produit des fruits. Au premier cas, les intérêts courent, sauf convention contraire, à partir du jour de la vente; au second, ils courent du jour de la sommation faite à l'acheteur; et au troisième, du jour de la délivrance [21]. Art. 1652.

Le cours des intérêts dus par l'acheteur n'est interrompu, ni par des saisies-arrêts interposées entre ses mains, ni par la nécessité où il se trouverait de tenir le prix à la disposition des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble vendu. La consignation du prix peut seule l'affranchir du service des intérêts [22].

3° *De l'action en résolution, compétant au vendeur, pour défaut de paiement de prix.*

Le vendeur, qui n'est pas intégralement payé du prix [23], est autorisé à demander la résolution de la vente. Art. 1184 et 1654. Il

[19] Bordeaux, 28 mars 1862, Sir., 63, 2, 43.

[20] Civ. rej., 24 janvier 1838, Sir., 38, 1, 97.

[21] L'acheteur d'une chose productive de fruits doit les intérêts du prix à partir de la délivrance, lors même que la vente a été faite à crédit. La généralité des termes de l'art. 1652 ne permet pas d'adopter l'opinion contraire, enseignée par Pothier (n° 286), et qui, même dans l'ancien Droit, était sujette à contestation. Maleville, sur l'art. 1652. Duranton, XVI, 340. Troplong, II, 599. Duvergier, I, 420. Zachariæ, § 356, texte et note 5. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 155.

[22] Zachariæ, § 358, note 5. Bruxelles, 9 août 1809, Sir., 12, 2, 351. Req. rej., 22 mai 1827, Sir., 27, 1, 454.

[23] Le vendeur peut demander la résolution, quelque faible que soit la portion du prix qui lui reste due. Troplong, II, 642. Il en est de même du cessionnaire d'une partie du prix, dont le surplus reste dû au vendeur, ou a été transporté à d'autres cessionnaires. Req. rej., 30 juillet 1834, Sir., 35, 1, 311. Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115. Voy. cep. texte et note 27 *infra*.

en est ainsi, alors même que le prix consiste en une rente perpétuelle, établie par le contrat de vente; et peu importe que cette rente ait été stipulée directement, ou après indication d'un prix déterminé en capital[24]. Mais il en serait autrement, si le prix, consistant primitivement en un capital exigible, avait été, par une convention subséquente, converti en une rente constituée, sans réserve de l'action résolutoire[25]. Que si le prix consistait en une rente viagère, même stipulée par le contrat de vente, le défaut de service de cette rente n'autoriserait pas, à moins de convention expresse, une demande en résolution[26].

Lorsque le vendeur est représenté par plusieurs héritiers ou cessionnaires, l'acquéreur, actionné en résolution par l'un d'eux seulement, peut le faire déclarer non recevable en l'état[27], à moins que les autres héritiers ou cessionnaires, intervenant ou mis en cause, ne s'entendent pour suivre ensemble l'action en résolution, ou qu'ils n'aient été désintéressés par le demandeur, soit avant la demande, soit au cours de l'instance.

Le droit de provoquer la résolution a lieu dans les ventes de choses mobilières[28], comme dans les ventes d'immeubles. Il existe même dans les ventes de marchandises formant l'objet du commerce de l'acheteur, à moins que celui-ci ne soit tombé en faillite, auquel cas, le vendeur ne jouit que du droit de revendication établi par les art. 576 et suivants du Code de commerce[29].

[24] Troplong, II, 649. Duvergier, I, 451. Demolombe, IX, 434 et 434 *bis*. Paris, 11 mars 1816, Sir., 17, 2, 1. Bordeaux, 23 mars 1832, Sir., 32, 2, 57. Voy. cep. Duranton, XVI, 370.

[25] Caen, 21 octobre 1826, Sir., 27, 2, 261. Cpr. § 324, texte et note 31.

[26] Art. 1978. Cpr. § 490.

[27] Arg. art. 1670 et 1685. Troplong, II, 639. Civ. rej., 6 mai 1829, Sir., 29, 1, 180. Voy. en sens contraire : Duvergier, I, 464 ; Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, n° 79. Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115.

[28] Troplong, II, 645. Duvergier, I, 436. Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, n° 42. Demolombe, XXV, 502. Zachariæ, § 356, texte et note 12. Paris, 18 août 1829, Sir., 30, 2, 10. Paris, 31 avril 1833, Dalloz, 1835, 2, 148. Paris, 11 novembre 1837, et Rouen 29 novembre 1837, Sir., 38, 2, 97. — MM. Delvincourt (III, p. 157) et Duranton (XVI, 380) enseignent le contraire, en se fondant sur l'art. 1657. Mais l'argument *a contrario* qu'ils tirent de cet article, ne peut être d'aucun poids en présence des termes des art. 1184 et 1654, dont la généralité ne comporte point de distinction. Cpr. texte et note 67 *infrà*.

[29] Cpr. Code de commerce, art. 550. Troplong et Duvergier, *locc. citt.*

La résolution de la vente, pour défaut de paiement du prix, est, en ce qui concerne la manière dont elle s'opère [30], et les pouvoirs du juge appelé à la prononcer [31], régie par les principes généraux sur la mise en demeure et sur la condition résolutoire [32].

La résolution de la vente d'une chose mobilière ne peut être poursuivie, ni contre un tiers possesseur de bonne foi, ni au préjudice d'un créancier qui aurait acquis un privilége préférable à celui que la loi accorde au vendeur [33]. Elle ne peut pas davantage être exercée au détriment des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble auquel la chose vendue aurait été incorporée [34].

Au contraire, la résolution d'une vente d'immeubles réfléchit

Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 289, et IV, 1288. Paris, 20 juillet 1831, Sir., 32, 2, 29. Paris, 10 juillet et 16 août 1833, Sir., 33, 2, 472 et 474. Limoges, 4 février 1835, Sir., 35, 2, 221. Limoges, 4 février 1837, Sir, 37, 2, 297.

[30] L'art. 1656 ne contient pas, ainsi que nous l'avons démontré à la note 85 du § 302, une exception aux principes généraux en matière de pacte commissoire. Cet article n'est qu'une conséquence de la règle que la résolution, dans le cas même où il a été convenu qu'elle aurait lieu de plein droit, ne s'opère que par la mise en demeure du débiteur. Il en résulte que, si le vendeur avait expressément stipulé qu'à défaut de paiement du prix au terme convenu, le contrat serait résolu de plein droit, et sans même qu'il fût besoin de sommation, l'acheteur, constitué en demeure par la seule échéance du terme, ne pourrait plus invoquer la disposition de l'art. 1656. Toullier, VI, 557 et 568. Troplong, II, 668. Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, nº 60. Zachariæ, § 356, texte *in fine*, notes 23 et 24. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 373.

[31] Ainsi le juge, saisi de la demande en résolution, peut, à moins de stipulation contraire, accorder un délai pour le paiement du prix d'une vente mobilière, comme pour le paiement du prix d'une vente immobilière. Art. 1184. *Nec obstat*, art. 1655. Toutefois, il ne devra que rarement donner terme à un acheteur d'objets mobiliers, par la raison que le vendeur de pareils objets se trouve plus exposé que le vendeur d'un immeuble, à perdre tout à la fois la chose et le prix. Duvergier, I, 436.

[32] Cpr. § 302, texte nº 4, lett. *b*; § 308, nº 1.

[33] Arg. art. 2279, et 2102, nº 4, al. 3. Duvergier, I, 438 et 439. Cpr. Paris, 10 juillet et 16 août 1833, Sir., 33, 2, 472 et 474.

[34] Arg. art. 2118 et 2133 cbn. 524 et 525. *Nec obstat* Code de procédure, art. 593. Voy. § 284, texte nº 1 et note 4. Duvergier, I, 439. Rouen, 19 juillet 1828, Sir., 29, 2, 266. Paris, 16 août 1832, Sir., 33, 2, 474. Civ. rej., 9 décembre 1835, Sir., 36, 3, 177. Paris, 25 juillet 1846, Sir., 46, 2, 358. Voy. en sens contraire : Troplong, II, add. au nº 645; Paris, 10 juillet 1832, Sir., 33, 2, 472.

contre les tiers acquéreurs ou les créanciers hypothécaires de l'acheteur[35], et, en général, contre tous ceux qui auraient acquis des droits réels sur la chose vendue[36]. Mais, sauf le cas de délégation[37], le vendeur ne peut agir contre les tiers sans faire juger, avec l'acheteur, la question de résolution[38].

Le droit de demander la résolution d'une vente immobilière était, d'après les principes du Code Napoléon, indépendant du privilége établi par l'art. 2103, n° 1[39]. Ainsi, le vendeur jouissait de ce droit, quoiqu'il n'eût pas rempli les formalités prescrites pour la conservation de son privilége[40], qu'il y eût formellement renoncé[41], ou qu'il eût négligé de se présenter à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble, revendu volontairement ou par expropriation forcée, et dans lequel il aurait pu obtenir le

[35] Les créanciers hypothécaires sont-ils admis à former tierce opposition au jugement de résolution prononcé contre l'acquéreur seul? Voy. § 769, texte n° 2, lett. *a*.

[36] Arg. art. 1681. Troplong, II, 624 et suiv. Zachariæ, § 356, texte et note 10. Voy. aussi les arrêts cités aux notes 42 et 43 *infra*. — Cpr. sur les effets d'une résolution consentie à l'amiable : § 209, texte A, n° 1, et note 32, texte B, n° 4 et note 59 ; § 220 *bis*, texte et note 9 ; § 266, texte, n° 1, notes 22 et 23 ; § 302, texte n° 4, lett. *b*, et note 89.

[37] Troplong, II, 633. Larombière, *op. cit.*, II, art. 1184, n°s 70 et 73. Demolombe, XXV, 519 et 520.

[38] L'action en résolution est une action personnelle, qui ne saurait être directement intentée contre un tiers acquéreur. La seule action qui compète contre ce dernier, est la revendication ; et celle-ci suppose la résolution prononcée. Duvergier, I, 466. Troplong, II, 633 et 634. Larombière, *op. cit.*, II, art. 1184, n° 70. Demolombe, XXV, 521. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 361 ; Paris, 12 décembre 1844, Sir., 44, 2, 115.

[39] Merlin, *Rép.*, v° Échange, n° 2 ; v° Privilége, sect. V, n° 5 ; et v° Résolution, n° 2. Duranton, XVI, 361. Duvergier, I, 441.

[40] Civ. cass., 2 décembre 1811, Sir., 12, 1, 56. Civ. cass., 3 décembre 1817, Sir., 18, 1, 124. Limoges, 19 janvier 1824, Sir., 28, 2, 124. Civ. cass., 26 mars 1828, Sir., 28, 1, 371. Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115. — Il ne résultait cependant pas de là, que le vendeur dont le privilége n'avait pas été conservé, dût être colloqué en vertu de ce privilége, par le motif qu'il aurait pu, en demandant la résolution de la vente, anéantir les droits du tiers détenteur et des créanciers hypothécaires du premier acheteur. Civ. cass., 18 juillet 1825, Sir., 25, 1, 392. Montpellier, 1er avril 1832, Sir., 33, 2, 426. Voy. en sens contraire : Lyon, 20 mai 1828, Sir., 29, 2, 125.

[41] Rouen, 15 mai 1852, Sir., 53, 2, 76.

paiement intégral de ce qui lui était dû [42]. Il était même autorisé à l'exercer contre un second acquéreur, qui avait régulièrement purgé l'immeuble par lui acquis [43]. Mais ces principes ont été modifiés par la loi du 23 mars 1855, sur la transcription.

Aux termes de l'art. 7 de cette loi, l'action résolutoire ne peut être exercée, après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis, du chef de l'acquéreur, des droits sur l'immeuble vendu, et qui les ont dûment conservés.

L'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 est sans application aux rapports des parties entre elles. Le vendeur, quoique déchu de son privilége, n'en conserve pas moins l'action résolutoire contre l'acquéreur et ses héritiers, et même contre ses créanciers simplement chirographaires [44].

Cet article, d'un autre côté, est inapplicable au cas de faillite de l'acheteur, en ce sens que le vendeur, dont le privilége n'a pas été dûment conservé avant le jugement déclaratif de faillite, ni même avant l'inscription requise par le syndic conformément à l'art. 490 du Code de commerce, n'en continue pas moins de jouir de l'action résolutoire [45].

La disposition de l'art. 7 précité, relative à l'action en résolution proprement dite, ne concerne pas le droit de poursuivre la revente sur folle enchère, qui n'a pas pour objet de faire rentrer l'immeuble dans les mains de l'ancien propriétaire [46].

Enfin, elle est étrangère au cas où la demande en résolution est fondée sur toute autre cause que le défaut de paiement du prix [47].

L'action en résolution utilement introduite, tant contre les sous-acquéreurs que contre l'acquéreur originaire, avant l'extinction du

[42] Troplong, II, 660. Civ. cass., 24 août 1831, Sir., 31, 1, 315. Req. rej., 30 juillet 1834, Sir., 35, 1, 311. Civ. cass., 25 août 1841, Sir., 42, 1, 46. Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115.

[43] Troplong, II, 660. Paris, 11 mars 1816, Sir., 17, 2, 1. Civ. cass., 25 août 1841, Sir., 42, 1, 46. Civ. cass., 10 décembre 1844, Sir., 45, 1, 155.

[44] Civ. rej., 27 mars 1861, Sir., 61, 1, 738. Lyon, 6 avril 1865, Sir., 66, 2, 196.

[45] Voy. pour la justification de cette proposition : § 278, texte n° 1, et notes 9 à 11.

[46] Besançon, 16 décembre 1857, Sir., 59, 2, 600. Bordeaux, 2 août 1860, Sir., 61, 2, 158.

[47] Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, n°s 16 et 64. Colmet de Santerre, V, 105 *bis*, VI. Demolombe, XXV, 505.

privilége du vendeur, doit être accueillie, bien que l'inscription prise d'office, ou par ce dernier, soit tombée en péremption au cours de l'instance [48].

Du reste, la règle posée par l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855. s'applique non-seulement aux ventes passées depuis la mise à exécution de cette loi, mais encore à celles qui ont acquis date certaine avant cette époque [49]. Toutefois, d'après la disposition transitoire de l'art. 11, al. 4, de la même loi, le vendeur dont le privilége se trouvait éteint au moment de sa mise à exécution, a pu conserver vis-à-vis des tiers son action résolutoire, en la faisant inscrire au bureau des hypothèques dans le délai de six mois à partir de la même époque.

Les poursuites dirigées par le vendeur contre l'acheteur en paiement du prix, n'emportent pas, en général, renonciation à la faculté de poursuivre la résolution de la vente, encore que le contrat renferme une clause résolutoire expresse [50]. Mais le vendeur qui a provoqué, autorisé [51], ou approuvé [52], soit la revente de l'immeuble, soit la concession de droits d'hypothèques ou de servi-

[48] Civ. cass., 3 août 1868, Sir., 68, 1, 381.

[49] Civ. rej., 1er mai 1860, Sir., 60, 1, 602. Paris, 30 novembre 1860, Sir., 61, 2, 29.

[50] Merlin, *Quest.*, vº Option, § 1, nº 10. Toullier, X, 191. Duranton, XVI, 379. Troplong, II, 656. Duvergier, I, 444. Larombière, *op. cit.*, II, art. 1184, nº 96. Colmet de Santerre, V, 104 *bis*. Demolombe, XXV, 350. Zachariæ, § 356, texte et note 14. Limoges, 21 août 1811, Sir., 12. 2, 312. Paris, 11 mars 1816, Sir., 17, 2, 1. Montpellier, 29 mai 1827, Sir., 28, 2, 263. Req. rej., 11 décembre 1855, Sir., 57, 1, 60.—Il en était autrement en Droit romain.

[51] Cpr. Req. rej., 7 novembre 1832, Sir., 33, 1, 310; Req. rej., 9 juillet 1834, Sir., 34, 1, 806.

[52] Le vendeur qui a produit dans un ordre ouvert pour la distribution du prix de revente de l'immeuble, doit-il être considéré comme ayant approuvé la revente de cet immeuble, et, par conséquent, comme ayant renoncé au droit de résolution? Voy. pour l'affirmative : Troplong, *De la vente*, II, 659, *Des hypothèques*, I, 224 et 225 ; Duvergier, I, 447 ; Req. rej., 16 juillet 1818, Sir., 19, 1, 27 ; Req. rej., 2 juin 1824, Sir., 25, 1, 283. Voy. pour la négative : Merlin, *Quest.*, vº Option, § 1, nº 6 ; Toullier, X, 193 ; Larombière, *op. cit.*, II, art. 1184, nº 97 ; Demolombe, XXV, 533 à 535; Civ. rej., 30 avril 1827, Sir., 27, 1, 273; Agen, 22 mai 1832, Dalloz, 1833, 2, 98; Bordeaux, 29 mai et Paris, 12 août 1835, Sir., 36, 2, 57 et 272 ; Req. rej., 16 mars 1840, Sir., 40, 1, 321 ; Poitiers, 13 mai 1846, Sir., 47, 2, 416 ; Req. rej., 11 décembre 1855, Sir., 57, 1, 60.

tudes sur cet immeuble, est à considérer comme ayant renoncé à la faculté de demander la résolution de la vente, contre les tiers au profit desquels a eu lieu la revente ou la constitution de servitudes ou d'hypothèques. En cas de reventes successives, la renonciation d'un précédent vendeur à l'action résolutoire, n'empêche pas le vendeur subséquent de former une pareille demande, alors même qu'il aurait délégué au premier, tout ou partie du prix stipulé dans l'acte de revente [53].

En cas de revente de l'immeuble par expropriation forcée, le vendeur est, en général, déchu de la faculté de provoquer la résolution de la vente, s'il n'a pas formé sa demande, avec notification au greffe, avant le jugement d'adjudication.

Cette règle spéciale, établie par l'art. 717 du Code de procédure revisé, s'applique, non-seulement au cas où le vendeur a été touché de la sommation prescrite par le second alinéa de l'art. 692 de ce Code, mais encore à celui où, à défaut d'inscription, cette sommation ne lui a pas été faite. Elle cesserait, au contraire, de recevoir application, si, malgré son inscription, le vendeur n'avait pas été constitué en demeure d'exercer son action résolutoire, et l'on retomberait alors sous l'empire des règles ordinaires [54].

Dans le cas prévu par l'art. 717, le vendeur est autorisé à former l'action en résolution, quoique le prix ne soit pas encore exigible [55]. Mais la mainlevée de la saisie immobilière, régulièrement donnée, fait tomber l'action résolutoire ainsi formée, de sorte que la résolution ne peut plus être demandée que dans les termes du Droit commun [56].

La règle posée par l'art. 717 est étrangère au cas où la pour-

[53] Civ. cass., 13 juillet 1847, Sir., 47, 1, 587. Chamb. réun. cass., 20 juin 1850, Sir., 50, 1, 651.

[54] La simple sommation faite au vendeur, comme aux autres créanciers inscrits, de prendre communication du cahier des charges, serait insuffisante, si elle n'avait pas été accompagnée de l'avertissement exigé par le second alinéa de l'art. 692, pour le constituer en demeure d'exercer son action résolutoire. Rodière, *De la compétence et de la procédure*, III, p. 159. Chauveau, *Journal des avoués*, t. 75, p. 318.

[55] Rodière, *op. cit.*, III, p. 60. Seligmann, *Explication de la loi du 21 mai 1858*, n° 63. Olivier et Mourlon, *Explication de la loi du 21 mai 1858*, n° 228.

[56] Req. rej., 11 avril 1866, Sir., 66, 1, 213.

suite d'expropriation a été convertie en vente volontaire[57]. Elle ne s'applique pas davantage à la poursuite de surenchère, après aliénation volontaire[58].

Le droit de demander la résolution de la vente, soit d'une chose mobilière, soit d'un immeuble, ne se prescrit que par trente ans, tant que la chose vendue reste dans les mains de l'acheteur[59].

En cas de nouvelle aliénation, ce droit peut également être exercé pendant trente ans contre un acquéreur de mauvaise foi[60]. Mais il s'éteint, au profit de l'acquéreur de bonne foi, par le fait même de la livraison, lorsqu'il s'agit d'une chose mobilière corporelle[61], et par l'usucapion de dix à vingt ans, lorsqu'il s'agit d'un immeuble[62].

[57] Cpr. Code de procédure, art. 743 et suiv., Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2441. Rodière, *op. cit.*, III, p. 207. Caen, 9 février 1850, et Paris, 14 août 1851, Sir., 52, 2, 49.

[58] Le second alinéa de l'art. 838 du Code de procédure déclare bien, en termes généraux, applicable au cas de surenchère sur aliénation volontaire, l'art. 717 du même Code. Mais, comme il ne renferme pas une semblable déclaration en ce qui concerne l'art. 692, et que la sommation à faire au vendeur en vertu de ce dernier article, forme la condition *sine qua non* de l'application des dispositions de l'art. 717, relatives à l'action résolutoire, on doit en conclure que ces dispositions sont étrangères au cas de surenchère.

[59] Art. 2262. *Non obstat*, art. 1304. Voy. § 339, texte n° 3, et note 21.

[60] Le sous-acquéreur doit, en général, être considéré comme étant de mauvaise foi, lorsqu'il a su, au moment de son acquisition, que tout ou partie du prix restait dû au vendeur originaire. Cpr. § 218, texte A, n° 2, et note 28; § 293, texte n° 1, et note 8. Cpr. Troplong, II, 662; Paris, 20 janvier 1826, Sir., 27, 2, 73; Orléans, 14 décembre 1832, Sir., 33, 2, 575; Nîmes, 19 février 1839, Sir., 39, 2, 455. Req. rej., 31 janvier 1844, Sir., 44, 1, 521; Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115.

[61] Arg. art. 2279.—En matière de cession de créances, l'action en résolution du cédant dure trente ans, même à l'égard d'un second cessionnaire. Caen, 21 avril 1841, Sir., 41, 2, 433.

[62] Duranton, XVI, 363 et 364. Troplong, *De la vente*, II, 662; *De la prescription*, II, 797. Rolland de Villargues, *Dissertation*, Sir., 27, 2, 75. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 517. Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, n° 109. Colmet de Santerre, V, 105 *bis*, VI. Demolombe, XXV, 565. Zachariæ, § 356, note 10. Toulouse, 13 août 1827, Sir., 29, 2, 81. Colmar, 6 mars 1830, Sir., 31, 2, 135. Req. rej., 12 janvier 1831, Sir., 31, 1, 129. Grenoble, 4 août 1831, Sir., 32, 2, 400. Orléans, 14 décembre 1832, et Rouen, 28 décembre 1831, Sir., 33, 2, 575. Bordeaux, 24 décembre 1832, Sir., 33, 2, 295. Nîmes, 19 février, 1839, Sir., 39, 2, 455. Req. rej., 31 janvier 1844, Sir., 44, 1,

4° *De la saisie-revendication compétant au vendeur d'objets mobiliers.*

Pour garantir d'autant mieux, en matière de ventes mobilières, les droits du vendeur, et pour empêcher qu'il ne soit exposé à perdre la chose et le prix, la loi lui permet de saisir-revendiquer l'objet vendu, dans la huitaine de la livraison [63]. Il ne jouit cependant de cette faculté, qu'autant que la vente a été faite sans terme, et que l'objet vendu se trouve encore en la possession de l'acheteur, sans avoir subi de changements qui lui aient fait perdre son ancienne forme, sa nature, et sa dénomination [64].

La simple saisie de l'objet vendu, faite par les créanciers de l'acheteur, ne forme pas obstacle à l'exercice de cette faculté, qui, en pareille circonstance, se réalise au moyen d'une demande en distraction [65].

La revendication dont il est ici question n'opère pas la résolution de la vente, et n'a d'autre effet que de faire rentrer le vendeur dans la possession de l'objet vendu, pour en demeurer nanti jusqu'à parfait paiement du prix [66].

Du reste, le vendeur conserve la faculté de provoquer, pour défaut de paiement du prix, la résolution de la vente, non-seulement contre l'acheteur, mais encore contre ses créanciers saisissants, bien qu'il ne se trouve pas dans les conditions exigées par le n° 4, al. 2, de l'art. 2102 pour l'admission de la revendication [67].

521. Voy. en sens contraire: Coulon, *Quest. de droit*, III, p. 205, Dial. 109; Paris, 4 décembre 1826, Sir., 27, 2, 74, Montpellier, 29 mai 1827, Sir., 28, 2, 263; Paris, 4 mars 1835, Sir., 35, 2, 230; Agen, 28 août 1841, Sir., 42. 2, 119.

63 Art. 2102, n° 4, Cpr. Code de procédure, art. 826 et suiv.; Ferrière, sur la coutume de Paris, art. 176.

64 Le droit de saisie-revendication est même restreint dans des limites plus étroites, lorsqu'il s'agit de marchandises vendues à un commerçant qui est tombé en faillite. Cpr. Code de commerce, art. 576 et suiv.; note 29 *supra*.

65 Cpr. Code de procédure, art. 608.

66 Valette, *Des privilèges et des hypothèques*, I, 90. Pont, *Des privilèges et des hypothèques*, sur l'art. 2102, n° 11. Demolombe, XXV, 502. Voy. cep. Troplong, *Des hypothèques*, I, 193.

67 Valette, *op. et loc. cit.* Voy. aussi les autorités citées aux notes 28 et 29 *supra*. Cpr. cep. Duranton, XVI, 380. D'après cet auteur, le vendeur conserverait bien le droit de résolution contre l'acheteur; mais il ne pourrait l'exercer contre les créanciers saisissants, s'il ne se trouvait pas dans les conditions exigées pour l'exercice de la revendication.

§ 357.

Des causes de résolution et de rescision particulières au contrat de vente. — Du pacte de retrait[1].

Le pacte de retrait est une clause par laquelle le vendeur se réserve, lors du contrat de vente[2], la faculté de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix[3] et le paiement des indemnités mentionnées à l'art. 1673. Art. 1659.

La faculté de retrait ne peut être stipulée que pour cinq ans, à partir du contrat; et ce, quand même la délivrance ne doit pas avoir lieu immédiatement[4].

Lorsque la convention n'a pas réglé la durée de la faculté de retrait, ou qu'elle a indiqué un terme plus long que celui de cinq ans, le délai pour l'exercer est, de plein droit, fixé ou réduit à ce terme. Art. 1660.

[1] Les expressions usitées de *pacte de rachat ou de réméré* manquent d'exactitude: elles supposent que l'exercice de la faculté réservée au vendeur, donne lieu à une nouvelle vente, dans laquelle le vendeur primitif figure, à son tour, comme acheteur, tandis que cette faculté ne forme qu'une condition résolutoire, dont l'accomplissement replace les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la vente. *Est distractus potius quam contractus.* C'est ce qui nous a déterminés à employer la dénomination de *pacte de retrait, ou de retrait conventionnel*, dénomination adoptée par Tiraqueau dans son Traité sur cette matière. Pothier, n° 412. Duranton, XVI, 390. Troplong, II, 692 et suiv. Duvergier, II, 7. Zachariæ, § 357, note 1re.

[2] Si le pacte de retrait était apposé *ex intervallo*, à une vente pure et simple, il formerait une promesse de revente. Delvincourt, sur l'art. 1659. Duranton, XVI, 390. Troplong, II, 694. Zachariæ, § 357, note 2.

[3] L'engagement que prendrait le vendeur, de payer une somme supérieure au prix de vente, n'a théoriquement parlant, rien d'illicite, et ne répugne pas à la nature du retrait. Toutefois comme le but de cette stipulation sera presque toujours de déguiser un prêt usuraire, les tribunaux devront en faire abstraction, à moins qu'elle ne trouve sa justification dans des circonstances particulières, de nature à écarter tout soupçon d'usure. Pothier, n° 414. Duvergier, II, 12. Zachariæ, § 357, note 4. Paris, 9 mars 1808. Sir., 8, 2, 157. — MM. Delvincourt (III, p. 159), Duranton (XVI, 429) et Troplong (II, 696), considèrent la stipulation dont il s'agit comme illicite en elle-même.

[4] Troplong, II, 712. Zachariæ, § 357, note 5. Ce dernier auteur va jusqu'à dire, que la règle posée au texte devrait être appliquée au cas même où la vente aurait été soumise à une condition suspensive. Mais cette opinion, qui ne repose que sur une fausse application du principe de l'effet rétroactif des conditions, n'est pas admissible.

Si le délai a été fixé à moins de cinq ans, les parties sont, jusqu'à son expiration, autorisées à le prolonger, sans toutefois pouvoir dépasser le terme de cinq ans à compter du jour de la vente [5]. Encore la prolongation, valablement convenue entre les parties, n'est-elle pas opposable aux tiers, à l'encontre desquels le retrait ne peut plus être exercé après l'expiration du terme primitivement fixé [6]. Le délai déterminé par la convention ne pourrait, en aucun cas, être prorogé par le juge. Art. 1661.

Le délai du retrait court contre toutes personnes, même contre les mineurs. Art. 1663. Il se compte d'après les règles générales sur la supputation des délais [7].

L'expiration du délai fixé pour l'exercice du retrait emporte, *ipso facto*, déchéance de cette faculté, et rend l'acheteur propriétaire incommutable. Art. 1662.

Le vendeur doit, en général, pour ne pas encourir la déchéance de la faculté de retrait, faire à l'acheteur, avant l'expiration du délai assigné à l'exercice de cette faculté, des offres réelles pour le montant des restitutions auxquelles il est tenu. Les tribunaux seraient cependant autorisés à admettre, comme suffisantes, de simples offres, contenues, par exemple, dans un acte relatif à l'exercice du retrait, pourvu qu'il fût constant que ces offres étaient sincères et que le vendeur se trouvait en position de les réaliser immédiatement [8]. Ils pourraient également, selon les circonstances, considérer comme suffisantes, pour soustraire le vendeur à la dé-

[5] Arg. art. 1660, cbn. art. 815, al. 2. Troplong, II, 711. Duvergier, II, 26. Zachariæ, § 357, texte et note 6. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 398.

[6] Art. 1321. Cpr. Paris, 5 juillet 1834, Sir., 34, 2, 449.

[7] Cpr. § 49. Toullier, XIII, 54. Duvergier, II, 23. Zachariæ, § 357, note 7. Angers, 3 mai 1830. Sir., 31, 2, 85. Req. rej., 7 mars 1834, Sir., 34, 1, 216. Nîmes, 31 mars 1840, Sir., 40, 2, 319.

[8] Troplong, II, 721 et suiv. Besançon, 20 mars 1819, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI. Nîmes, 31 mars 1840, Sir., 40, 2, 319. Cpr. Colmar, 1er mai 1811, Sir., 11, 2, 458. — M. Duvergier (II, 27), tout en reconnaissant que la consignation des sommes offertes par le vendeur, n'est pas indispensable pour empêcher sa déchéance, rejette cependant, comme absolument inefficaces, des offres purement verbales. Cet auteur ne nous paraît pas conséquent avec lui-même : si le vendeur ne devait être considéré comme ayant exercé le retrait, qu'autant qu'il se serait réellement libéré envers l'acheteur, ou qu'il aurait fait un acte équivalent à paiement, il faudrait en conclure que des offres réelles, non suivies de consignation, sont tout aussi inefficaces que des offres purement labiales. Cpr. § 323, texte et note 22.

chéance, des offres réelles, irrégulières ou incomplètes[9]. En aucun cas, le vendeur n'est astreint à consigner avant l'échéance du terme, ni à former, avant cette époque, une demande en validité des offres qu'il a faites[10].

Du reste, le vendeur dont les offres auraient été déclarées irrégulières ou insuffisantes, serait admis à les renouveler, s'il était encore en délai utile pour le faire, sans qu'on pût lui opposer l'exception de chose jugée[11].

Le vendeur qui veut exercer le retrait doit rembourser à l'acheteur le prix de vente, ainsi que les frais de passation du contrat, et ceux d'enlèvement ou de transport de la chose vendue. Il doit également rembourser les réparations nécessaires ou utiles que l'acheteur a faites, savoir, les premières pour la totalité des déboursés qu'elles ont occasionnés, et les secondes jusqu'à concurrence de la plus-value qui en est résultée[12]. Art. 1673, al. 2. Mais il n'est tenu de bonifier ni les dépenses de simple entretien[13], ni les impenses voluptuaires[14], ni les intérêts du prix qu'il a

[9] Merlin, *Rép.*, v° Retrait conventionnel, n° 7. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 625. Duranton, XVI, 403. Troplong, II, 723. Req. rej., 25 avril 1812, Sir., 13, 1, 230. Douai, 17 décembre 1814, Sir., 16, 2, 36. Bastia, 10 janvier 1838, Sir., 38, 2, 266.

[10] L'art. 1662 paraît, à première vue, faire dépendre la conservation de la faculté de retrait de l'introduction d'une action en justice dans le délai fixé à cet effet ; mais, en rapprochant ce texte des art. 1668 et 1669, on demeure convaincu que le mot *action* ne doit pas être ici pris dans son sens propre, et que les rédacteurs du Code Napoléon ont employé les termes : *faute d'avoir exercé son action en réméré*, comme équivalents de ceux-ci : *faute d'avoir usé du pacte de réméré.* Duranton, XVI, 403. Troplong, II, 716. Duvergier, II, 28. Zachariæ, § 357, texte et note 8. Cpr. aussi les arrêts cités aux notes précédentes.

[11] Zachariæ, § 357, texte et note 20. Civ. cass., 16 août 1837, Sir., 37, 1, 753.

[12] L'obligation de restituer la mieux-value n'est cependant pas absolue ; les juges peuvent la restreindre, selon les circonstances, en appliquant les dispositions éminemment équitables de la loi 38, D. *de rei vind.* (6, 1). Delvincourt, III, p. 161. Zachariæ, § 357, note 14.

[13] Les dépenses de simple entretien ne constituent pas des impenses nécessaires dans le sens de l'art. 1673. L'acheteur ne peut les répéter, parce qu'elles sont une charge des fruits qu'il a perçus et qu'il conserve. Arg. art. 605. Cpr. § 228. Voy. aussi notes 17 et 18, *infra*. Pothier, n° 424. Duvergier, II, 49. Zachariæ, § 357, note 13.

[14] L'acheteur jouit seulement, en ce qui concerne ces impenses, de la faculté accordée à l'usufruitier par l'art. 599, al. 3. Cpr. § 231.

reçu[15]. Ce n'est qu'après avoir satisfait à toutes les obligations ci-dessus énoncées que le vendeur peut demander le délaissement. Art. 1673, al. 1.

L'acheteur, de son côté, est tenu de restituer la chose avec les accessoires qui en dépendaient au moment de la vente, et les accessions qu'elle a reçues depuis cette époque[16]. Les fruits perçus par l'acheteur lui demeurent acquis à partir du jour de la vente jusqu'au jour correspondant de l'année qui a précédé l'exercice de retrait[17], consommé au moyen du paiement ou de la consignation des sommes dues par le vendeur[18]. Quant à ceux qu'il a perçus pendant l'année dans le cours de laquelle le retrait est exercé, et à ceux que le vendeur pourra recueillir dans le même intervalle, ils doivent être partagés entre les parties, dans la proportion du nombre de jours qui se sont écoulés depuis le jour correspondant à celui de la vente jusqu'à celui du retrait[19]. L'acheteur doit aussi faire état des dégradations que la chose a subies par sa faute[20].

Lorsque la vente a pour objet un immeuble, le vendeur peut

[15] En n'imposant au vendeur que l'obligation de payer *le prix principal*, l'art. 1673 le dispense, par cela même, de la bonification des intérêts de ce prix. Duranton, XVI, 424. Troplong, II, 735. Larombière, II, art. 1184, n° 70. Cette dispense prouve que, pour éviter des décomptes souvent très-difficiles, le législateur a entendu établir une compensation entre les intérêts du prix et les fruits ou l'usage de la chose. Cpr. texte et note 17 *infra*.

[16] La moitié du trésor trouvé par l'acheteur doit être restituée au vendeur : c'est une conséquence forcée de l'effet rétroactif qu'entraîne l'exercice du retrait. Delvincourt, III, p. 159. Duranton, XVI, 425. Troplong, II, 766. Duvergier, II, 55. Marcadé, sur l'art. 1673, n° 2. Demolombe, XIII, 46. Larombière, II, art. 1184, n° 53. Voy. en sens contraire : Proudhon, *Du domaine privé*, I, 401 ; Latour, *Revue de législation*, 1853, I, p. 292.

[17] *Fructus cum usuris compensantur*. Cpr. note 15, *supra*. Delvincourt, p. III, p. 161. Duranton, XVI, 424. Troplong, II, 769.

[18] Delvincourt, *loc. cit.* Req. rej., 14 mai 1807, Sir., 7, 1, 355.

[19] Delvincourt, *loc. cit.* Duvergier, II, 56 et 57. — MM. Duranton (XVI, 424) et Troplong (II, 770 et suiv.) professent, sur la question du partage des fruits de la dernière année, question fortement controversée parmi les anciens auteurs, des opinions qui présentent quelques divergences entre elles et avec celle que nous avons adoptée. — Maleville (sur l'art. 1673) et Zachariæ (§ 357, note 16) attribuent au vendeur, à l'exclusion de l'acheteur, l'intégralité des fruits pendants au moment de l'exercice du retrait. Mais en cela ils ne sont pas conséquents à la règle *Fructus cum usuris compensantur*, qu'ils invoquent.

[20] Pothier, n° 421. Maleville, sur l'art. 1673. Duranton, XVI, 423. Troplong, II, 738. Zachariæ, § 357, note 15.

exercer le retrait contre le sous-acquéreur, sans avoir besoin de mettre en cause l'acquéreur originaire[21]. Art. 1664. La résolution de la vente résultant de l'exercice du retrait fait rentrer l'immeuble vendu dans les mains du vendeur, libre et franc de toutes les servitudes ou hypothèques dont il peut se trouver grevé du chef de l'acheteur[22]. Mais le vendeur est tenu d'exécuter les baux passés sans fraude par ce dernier. Art. 1673, al. 2.

Lorsque l'objet vendu consiste en une chose mobilière corporelle[23], la faculté de retrait ne peut être exercée contre le tiers possesseur, ni au préjudice d'un créancier investi d'un privilége fondé sur un nantissement exprès ou tacite, à moins que le tiers possesseur ou le créancier n'ait eu, avant l'acquisition ou avant l'établissement du privilége, connaissance du pacte de retrait[24].

L'acheteur jouit, jusqu'à l'exercice du retrait, de tous les droits que confère une vente pure et simple[25]. Ainsi, il est admis à purger son acquisition[26] et à la consolider à l'aide de l'usucapion, au regard du véritable propriétaire et des tiers qui prétendraient des droits réels sur la chose vendue. Art. 1665. Il peut aussi, lorsqu'il est poursuivi par les créanciers hypothécaires du vendeur, leur opposer l'exception de discussion[27]. Art. 1666.

[21] L'action en retrait diffère, sous ce rapport, de l'action en résolution pour cause d'inexécution du contrat de la part de l'acheteur. Cette dernière repose sur un fait postérieur à la vente, fait pour la vérification duquel la présence de l'acheteur est indispensable. La première, au contraire, dépend uniquement de l'appréciation d'éléments qui se trouvent dans le contrat lui-même, et ne présente rien à juger contre l'acheteur. Voy. d'ailleurs § 302, texte n° 4, lett. *b*, notes 78 et 83. Troplong, II, 732. Duvergier, II, 61.

[22] La transaction conclue par l'acheteur, au sujet de la chose par lui acquise, ne peut être opposée au vendeur qui exerce le retrait. Cpr. Marbeau, *Traité des transactions*, n° 115.— Le vendeur est admis à former tierce opposition aux jugements rendus contre l'acheteur. Voy. § 769, texte n° 2, lett. *a*.

[23] Cpr. Caen, 21 avril 1841, Sir., 41, 2, 433.

[24] Arg. art. 2279 cbn. 2102, n° 4, al. 3. Cpr. Duvergier, II, 15.

[25] Une convention soumise à une condition résolutoire est à considérer, tant que la condition est en suspens, comme pure et simple. Cpr. § 302, texte n° 4, lett. *b*. Civ. cass., 18 mai 1813, Sir., 13, 1, 326.

[26] Voy. § 293 *bis*, texte n° 3 et note 21.

[27] Pourvu qu'il se trouve dans les conditions indiquées par les art. 2170 et 2171, qui ont pour objet de déterminer les limites dans lesquelles peut être exercé le bénéfice de discussion accordé aux tiers détenteurs d'immeubles grevés d'hypothèques. Delvincourt, sur l'art. 1666. Duvergier, II, 33.

Mais il n'est pas admis, avant l'expiration du délai fixé pour le retrait, à user de la faculté que le vendeur s'est réservée d'expulser le preneur. Art. 1751 [28].

Malgré la réserve de la faculté de retrait, le vendeur n'en doit pas moins être considéré comme s'étant complétement dépouillé de son droit de propriété, et comme n'ayant conservé que la possibilité d'y rentrer en exerçant cette faculté [29]. Il résulte de là que le vendeur ne peut, avant l'exercice du retrait, valablement hypothéquer l'immeuble par lui vendu [30]. Mais rien n'empêche qu'il ne cède à un tiers la faculté d'exercer le retrait [31]; et si, au lieu de traiter sous cette forme, il avait passé vente de l'immeuble lui-même, l'acte emporterait cession virtuelle de la faculté de retrait [32]. Quant aux servitudes constituées, *medio tempore*, par le vendeur, elles devraient être maintenues, si, par l'exercice du retrait, la chose rentrait dans les mains du vendeur; elles s'éva-

[28] Cet article s'appliquerait-il à l'acquéreur sous pacte de retrait, dans le cas où le preneur n'aurait à lui opposer qu'un bail sous seing privé, n'ayant pas acquis date certaine avant la vente? Voy. pour l'affirmative : Duranton, XVII, 154; Troplong, *Du louage*, II, 525; Duvergier, *Du louage*, I, 552; Marcadé, sur l'art. 1751, n° 1. Cette solution nous paraît très-contestable; nous ne comprendrions pas que le preneur pût, contrairement à la disposition de l'art. 1328, opposer à l'acquéreur, qui d'ailleurs n'avait pas obtenu connaissance du bail, un acte dépourvu de date certaine à son égard. Vainement se prévaut-on de la généralité des termes de l'article 1751. Cet article, en effet, en parlant de la *faculté* d'expulser le preneur, paraît avoir eu exclusivement en vue celle que le bailleur se serait réservée, et que l'acquéreur ne pourrait exercer que du chef de ce dernier, et non le droit, appartenant à tout tiers intéressé, de repousser l'application d'un acte qui n'a point acquis date certaine à son égard. En vain aussi objecte-t-on que le bailleur se trouvera, par suite de l'expulsion du preneur, exposé à une action en dommages-intérêts de la part de celui-ci. Cela est vrai : mais le vendeur doit s'imputer ce résultat, qu'il aurait pu prévenir en imposant à l'acquéreur l'obligation de maintenir le bail. Voy. en ce sens : Zachariæ, § 369, note 30.

[29] Voy. pour la justification de cette proposition : § 209, texte B, n° 6, et note 68. Voy. aussi dans le sens de cette proposition : Civ. cass., 18 mai 1813, Sir., 13, 1, 326.

[30] Voy. § 266, texte n° 1, lett. *a*, notes 13 et 14.

[31] Delvincourt, III, p. 153. Zachariæ, § 357, note 12. Req. rej., 25 avril 1812, Sir., 13, 1, 230. Req. rej., 21 décembre 1825, Sir., 26, 1, 275.

[32] Duranton, XVI, 408. Troplong, II, 741. Duvergier, II, 29. Cpr. Req. rej., 7 juillet 1829, Sir., 29, 1, 258. Voy. cep. Req. rej., 4 août 1824, Dalloz, *Anc. jur. gén.*, v° Vente, p. 906.

nouiraient, au contraire, si le retrait n'était pas exercé, ou s'il l'était par un tiers, cessionnaire de cette faculté [33].

Les articles 1667 à 1672 tracent des règles spéciales sur l'exercice du retrait dans les hypothèses dont ils s'occupent.

Nous ferons remarquer sur l'art. 1667, que la disposition n'en serait plus applicable, si la licitation avait été provoquée par l'acquéreur lui-même. Nous ajouterons, quant aux art. 1668 à 1672, qu'il résulte de l'ensemble de leurs dispositions, que l'acquéreur ne serait pas fondé à repousser l'exercice du retrait, par cela seul que quelques-uns de ceux auxquels compète cette faculté, refuseraient d'en user, si d'ailleurs les autres offraient de l'exercer pour le tout. Mais, en pareil cas, il est autorisé, lorsqu'il le juge plus convenable à ses intérêts, à retenir les parts de ceux qui ne veulent pas concourir à l'exercice du retrait [34].

§ 358.

Continuation. — De la rescision de la vente pour cause de lésion de plus des sept douzièmes [1].

Le vendeur d'un immeuble [2] peut, lorsqu'il a été lésé de plus des sept douzièmes dans le prix, demander la rescision de la vente,

[33] Si nous admettons pour les constitutions de servitudes une solution différente de celle que nous avons donnée pour les constitutions d'hypothèques, la raison en est qu'on ne peut valablement hypothéquer un immeuble sous la condition *si dominium acquisitum fuerit*, tandis que rien ne s'oppose à ce que l'on constitue une servitude sous une pareille condition. Voy. § 250, texte n° 1 et note 2 ; § 266, texte n° 1 et note 5.

[34] Pothier, n° 396. Duranton, XVI, 416. Troplong, II, 749 et 750. Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, n° 76. Grenoble, 24 juillet 1834, Sir., 35, 2, 78.

[1] Cpr. L. 2, C. *de rescind. vend.* (4, 44). L'action en rescision pour cause de lésion, qui avait été abolie par la loi du 14 fructidor an III, n'a été admise au Conseil d'État qu'à la suite d'une discussion fort animée, dans laquelle le premier Consul s'est prononcé en faveur de la rescision. Cpr. Locré, *Lég.*, XIV, p. 62 et suiv., n°s 54 et 55, p. 76 à 95, n°s 1 et 2.

[2] La vente d'une emphytéose est-elle sujette à rescision pour cause de lésion ? Nous ne le pensons pas, puisque, d'après notre manière de voir, la jouissance de l'emphytéote n'est plus aujourd'hui qu'un droit mobilier. Voy. § 224 *bis*. Dans le système qui considère cette jouissance comme constituant encore un droit réel, immobilier, la solution affirmative devrait être admise. Voy. en ce sens : Duranton, XVI, 443 ; Troplong, II, 793.

quoique, lors du contrat [3], il ait expressément renoncé à cette faculté, ou déclaré donner la plus-value. Art. 1674. Il en est ainsi, alors même que le prix a été déterminé par un tiers, conformément à l'art. 1592 [4].

L'acheteur ne peut, en aucun cas, demander, pour cause de lésion, la rescision de la vente. Art. 1683.

Les ventes de meubles ne sont pas sujettes à rescision pour cause de lésion [5]. Il en est autrement des ventes qui comprennent à la fois des meubles et des immeubles, quoiqu'elles soient faites pour un seul et même prix [6].

La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans les ventes aléatoires, c'est-à-dire dans les ventes présentant des chances de gain ou de perte, à raison de l'incertitude qui existerait, soit sur la valeur de la chose vendue, soit sur le montant définitif du prix [7]. Ainsi, l'action en rescision n'est admissible, ni contre

[3] Il ne faut pas conclure par argument *a contrario* des termes de l'art. 1674, *quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat*, que toute renonciation faite postérieurement à la vente soit valable par cela seul, et rende non recevable l'action en rescision. Les tribunaux ne devraient s'arrêter ni à une renonciation gratuite, ni même à une renonciation consentie moyennant une somme qui, jointe au prix porté au contrat, n'égalerait pas les cinq douzièmes de la valeur de l'immeuble, si ces renonciations avaient eu lieu à une époque où le vendeur n'avait pas encore touché le prix primitif. Delvincourt, III, p. 165. Duranton, XVI, 437. Cpr. cep. Toullier, VIII, 505; Troplong, II, 798; Duvergier, II, 78; Zachariæ, § 358, note 4.

[4] *Lex non distinguit.* Les considérations d'erreur, de dol, ou de contrainte, qui ont fait admettre l'action en rescision pour cause de lésion (Cpr. *Exposé de motifs*, par Portalis, Locré, *Lég.*, XIV, p. 161 et suiv., nos 28 et suiv.), peuvent tout aussi bien se présenter dans le cas où le prix a été fixé par experts, que dans celui où il l'a été par les parties elles-mêmes. Delvincourt, III, p. 355. Duranton, XVI, 116. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 158; Duvergier, I, 157; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, III, 92 et suiv.; Bordeaux, 23 juillet 1853, Sir., 54, 2, 427.

[5] Ainsi, l'action en rescision n'est pas admissible contre la vente d'un office. Troplong, II, 789. Zachariæ, § 358, note 2. Req. rej., 17 mai 1832, Sir., 32, 1, 849.

[6] En pareil cas, il faudrait déterminer par ventilation la portion du prix qui doit vraisemblablement s'appliquer aux objets mobiliers compris dans la vente. Duranton, XVI, 439. Duvergier, II, 74. Zachariæ, *loc. cit.*

[7] La raison en est que, dans ces ventes, il est impossible de calculer, d'une manière précise, la proportion du prix à la valeur de la chose vendue. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, XIV, p. 172, n° 37). Merlin, *Rép.*, v° Lé-

des ventes consenties moyennant une rente viagère[8], ni contre la vente d'un usufruit immobilier[9], ni même contre la vente à prix ferme, de la nue propriété d'un immeuble corporel[10]. Il en serait toutefois autrement, si de pareilles ventes ne renfermaient réellement pas de chances aléatoires[11], et même si les chances qu'elles présentent étaient restreintes au point, qu'il fût moralement certain que le prix n'égalera jamais les cinq douzièmes de la valeur de la chose vendue[12].

sion, § 1, n° 8. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 890. Duvergier, II, 75. Montpellier, 6 mai 1831, Sir., 31, 2, 278. Req. rej., 15 décembre 1832, Sir., 33, 1, 394. Voy. cep. : Zachariæ, *loc. cit.*

8 Angers, 21 février 1828, Sir., 30, 2, 131. Req. rej., 30 mai 1831, Sir., 31, 1, 217. Civ. cass., 31 décembre 1855, Sir., 56, 1, 314. — Il est vrai que la loi suppose, relativement à la fixation de la quotité disponible, la possibilité d'évaluer un usufruit ou une rente viagère; mais, si une pareille évaluation, qui repose sur un calcul de probabilités, peut paraître suffisante pour autoriser, dans l'intérêt d'héritiers à réserve, la réduction d'une donation, elle ne saurait motiver, en faveur d'un vendeur, la rescision de la vente qu'il a librement consentie. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 163.

9 Proudhon, *De l'usufruit*, II, 899. Duranton, XVI, 444. Duvergier, II, 75. Bourges, 11 février 1840, Sir., 41, 2, 54.

10 Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 442. Troplong, II, 790 et suiv.; Zachariæ, *loc. cit.* Les deux premiers de ces auteurs, tout en reconnaissant, en principe, que les ventes aléatoires ne sont pas sujettes à rescision, enseignent que ce principe, applicable aux ventes faites moyennant une rente viagère, ne concerne pas les ventes de la nue propriété d'un immeuble. Il nous est impossible de nous rendre raison de la distinction que ces auteurs établissent entre ces diverses ventes, qui toutes présentent des chances de gain ou de perte résultant de l'incertitude de la vie humaine. Les hypothèses qu'ils indiquent à l'appui de leur opinion ne prouvent absolument rien, puisque, dans ces hypothèses, la vente n'est plus réellement aléatoire. Voy. dans le sens de la proposition émise au texte : Duvergier, II, 75 ; Montpellier, 6 mai 1831, Sir., 31, 2, 278 ; Req. rej., 15 décembre 1832, Sir., 33, 1, 394. Cpr. cep. Nîmes, 27 août 1847, Sir., 47, 2, 633.

11 Tel serait le cas où une vente d'usufruit aurait été consentie moyennant une rente viagère, constituée au profit et sur la tête de l'usufruitier vendeur. Req. rej., 9 juillet 1856, Sir., 56, 1, 888. Voy. aussi les arrêts cités à la note 10.

12 Duvergier, II, 75. Civ. cass., 22 février 1836, Sir., 36, 1, 186. Nancy, 2 août 1837, Sir., 39, 2, 183. — Du reste, il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où la vente, faite moyennant une rente viagère, devrait être déclarée non avenue à défaut de prix sérieux. Cpr. sur ce dernier point, § 349, texte n° 1, lett. *c*, et note 26.

L'action en rescision pour cause de lésion n'est pas admise contre les ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice, telles que les ventes sur expropriation forcée, et celles de biens de mineurs ou d'interdits [13]. Art. 1684. Mais les ventes pour la validité desquelles l'intervention de la justice n'est pas indispensable sont sujettes à rescision, quoique, de fait, elles aient eu lieu en justice ; telle serait, par exemple, une licitation judiciaire faite entre des cohéritiers présents, majeurs, et maîtres de leurs droits [14].

Pour savoir s'il y a lésion, il faut estimer l'immeuble vendu suivant son état et sa valeur au moment de la vente. Art. 1675. Cette estimation ne peut être faite que par des experts nommés d'office ou choisis par les parties [15]. Le juge n'est cependant pas lié par l'avis des experts : il peut s'en écarter [16], ou ordonner d'office une nouvelle expertise. La vérification de la lésion ne doit, du reste, être ordonnée, qu'autant que le vendeur produit des documents ou

[13] Zachariæ, § 358, note 15. Douai, 1er août 1838, Sir., 40, 2, 21.

[14] Cette distinction résulte clairement du texte de l'art. 1684, et des observations du Tribunat (Locré, *Lég.*, XIV, p. 129, n° 14), d'après lesquelles a été arrêtée la rédaction définitive de cet article. *Rapport* de Grenier au Tribunat (Locré, *op. cit.*, XIV, p. 254, n° 35). Merlin, *Rép.*, v° Lésion, § 4, n° 7. Delvincourt, III, p. 165 et 166. Duranton, XVI, 468. Troplong, II, 856 et 857. Duvergier, II, 81. De Fréminville, *De la minorité*, II, 877. Pau, 22 décembre 1832, Sir., 33, 2, 486.

[15] Le juge ne pourrait, sans expertise préalable, et sur le vu d'actes de vente, de baux, ou d'autres documents, déclarer l'existence de la lésion et prononcer la rescision. Cela résulte, jusqu'à l'évidence, de la combinaison des art. 1678 et 1677, ainsi que des observations du Tribunat (Locré, *Lég.*, XVI, p. 46, art. 101, p. 129, n° 13), sur la demande duquel on supprima, dans le projet du Code, une disposition qui accordait au juge la faculté de prononcer la rescision sans expertise préalable. Delvincourt, III, p. 166. Duranton, XVI, 449. Voy. en sens contraire : Limoges, 14 février 1827, Sir., 31, 1, 33 ; Troplong, II, 831; Duvergier, II, 106. Ces auteurs nous paraissent avoir perdu de vue que, si l'expertise est, en général, facultative pour le juge, il en est autrement dans les cas où la loi a indiqué cette voie d'instruction, comme moyen spécial de vérifier un fait. Cpr. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 70.

[16] Code de procédure, art. 323. Rauter, *op. et loc. citt.* Duranton, XVI, 451. Troplong, II, 835. Duvergier, I, 113. Nîmes, 12 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 46. Grenoble, 18 avril 1831, Dalloz, 1832, 2, 88. Req. rej., 31 mars 1840, Sir., 40, 1, 305. Voy. en sens contraire : Carré, *Lois de la procédure civile*, I, 1220, à la note.

qu'il articule des faits de nature à en faire présumer l'existence[17]. Art. 1677 à 1680.

Lorsque l'existence de la lésion est reconnue, la vente doit être rescindée, et l'acheteur condamné à restituer l'immeuble, si mieux il n'aime le garder en payant le supplément du juste prix[18]. Ce supplément consiste dans la différence qui existe entre le prix stipulé au contrat et la valeur estimative de l'immeuble, déduction faite du dixième de cette valeur. Art. 1681. L'acheteur qui use de cette faculté doit faire état au vendeur des intérêts de la somme qui lui reste à payer, mais seulement à partir du jour de la demande en rescision[19]. Art. 1682, al. 2.

Si l'acheteur préfère abandonner l'immeuble, il est obligé d'indemniser le vendeur des dégradations occasionnées par sa faute[20], et de restituer les fruits par lui perçus, mais seulement à partir du jour de la demande. Le vendeur doit, dans ce cas, rembourser à l'acheteur le prix de vente avec les intérêts, à compter de la même époque, et même à dater de la vente si la chose n'a pas produit de fruits. Art. 1682. Il doit en outre rembourser à l'acheteur le montant des sommes déboursées par ce dernier pour impenses nécessaires, et la mieux-value résultant des impenses utiles qu'il a faites; mais il n'est pas tenu de lui restituer les frais et loyaux coûts du contrat[21]. L'acheteur a le droit de retenir l'immeuble

[17] La loi donne, sous ce rapport, une espèce de pouvoir discrétionnaire au juge, qui devrait rejeter l'action en rescision, si le vendeur se bornait à alléguer une lésion de plus de sept douzièmes, sans justifier de la vraisemblance de cette allégation. Merlin, *Rép.*, v° Lésion, § 5. Duranton, XVI, 446. Troplong, II, 828 et 829. Duvergier, II, 105. Zachariæ, § 358, texte et note 9. Civ. rej., 7 décembre 1819, Sir., 20, 1, 163.

[18] La faculté laissée à l'acheteur de se rédimer des effets de la rescision en payant un supplément de prix, n'empêche pas que l'action en rescision ne soit une action immobilière. Voy. § 165, texte et note 10.

[19] Il ne pourrait être condamné à les bonifier à partir du jour de la vente, sous le prétexte qu'il aurait été de mauvaise foi par cela seul qu'il a acheté à vil prix. Zachariæ, § 358, note 13. Civ. cass., 15 décembre 1830, Sir., 31, 1, 33.

[20] Arg. art. 2175. Delvincourt, III, p. 167. Duvergier, II, 121. — M. Troplong (II, 844) pense, avec Pothier (n° 361), que l'acheteur n'est tenu de faire raison au vendeur que des dégradations dont il a profité. Cette distinction nous paraît contraire à l'effet rétroactif que la rescision entraîne.

[21] Delvincourt, III, p. 168. Troplong, II, 848. Duvergier, II, 126.

aussi longtemps que le vendeur n'a pas rempli ces obligations. Arg. art. 1673.

La rescision pour cause de lésion a un effet rétroactif au jour de la vente, et fait, par conséquent, évanouir les aliénations consenties et les hypothèques ou servitudes constituées par l'acheteur[22], sauf aux tiers contre lesquels réfléchirait la rescision, à en arrêter les effets, en usant de la faculté accordée à l'acheteur de payer le supplément du juste prix. Art. 1681, al. 2, et arg. de cet article.

L'action en rescision n'est plus recevable si l'immeuble vendu a péri en entier par l'effet d'un cas fortuit[23], encore que l'acheteur l'eût revendu pour un prix supérieur à celui qu'il en avait payé[24].

Cette action doit, à peine de déchéance, être exercée dans le délai de deux ans à compter de la conclusion de la vente; et ce, dans le cas même où l'acte constatant son existence n'aurait été rédigé que plus tard[25], ainsi que dans celui où elle aurait été subordonnée à une condition suspensive[26]. Ce délai court contre toutes personnes; il n'est pas suspendu, en cas de vente faite avec faculté de retrait, pendant la durée du temps stipulé pour l'exercice de cette faculté. Art. 1676.

Les dispositions des art. 1667-1672, relatives à l'exercice du retrait conventionnel, dans les hypothèses prévues par ces articles, sont également applicables à l'exercice de l'action en rescision. Art. 1685.

[22] Toullier, VII, 549. Duvergier, II, 129. Zachariæ, § 196, texte et note 15; et § 358, texte et note 12.

[23] Zachariæ, § 358, texte et note 16. Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Rescision, § 4. — Si l'immeuble avait péri par la faute de l'acheteur, l'action en rescision se résoudrait en une action en dommages-intérêts. Troplong, II, 826. Cpr. § 331.

[24] Le vendeur, en effet, n'a pas le droit d'exiger un supplément de prix, l'obligation existant à son profit est facultative et non alternative. Cpr. § 300, texte et note 7. L'action résultant de cette obligation ne peut avoir pour objet que la restitution de l'immeuble vendu, et l'acquéreur est affranchi de cette obligation par la perte de l'immeuble, arrivée sans sa faute. Art. 1302. Duvergier. II, 103. Voy. en sens contraire : Pothier, 350; Troplong, II, 826.

[25] Troplong, II, 823. Duvergier, II, 100. Zachariæ, § 358, texte et note 17. Paris, 7 janvier 1825, Sir., 25, 2, 341. Req. rej., 2 mai 1827, Sir., 27, 1, 413.

[26] Duranton, XVI, 454. Zachariæ, § 358, note 17 *in fine*.

Appendice au contrat de vente. — De la cession.

§ 359.

De la cession des objets incorporels en général.

La cession, dans le sens le plus étendu de ce mot, est la transmission, par acte entre-vifs, d'un objet incorporel.

Cette transmission, qui peut avoir lieu à titre gratuit ou à titre onéreux, est plus spécialement appelée cession ou transport lorsqu'elle est faite moyennant un prix déterminé en argent, et qu'elle constitue ainsi une espèce de vente.

Le transport des rentes sur l'Etat et celui des actions dans les sociétés de commerce est appelé transfert.

1° Tout objet incorporel, et en particulier tout droit ou toute action portant sur une chose qui se trouve dans le commerce, peut être cédé, à moins que la cession n'en soit contraire à quelque prohibition expresse ou implicite de la loi. Art. 1598. C'est ainsi que le bénéfice d'une promesse de vente, même unilatérale, est susceptible d'être cédé[1].

Les droits portant sur des choses futures peuvent être cédés par anticipation. Art. 1130. On doit donc considérer comme valable la cession du droit de recueillir les fruits naturels ou civils d'un immeuble, et les arrérages d'une rente perpétuelle ou viagère[2].

Les droits éventuels ou conditionnels, et les créances de même nature, sont, tout aussi bien que les droits déjà ouverts et les créances actuellement exigibles, susceptibles de cession. Ainsi, on peut valablement céder le prix d'un office avant la nomination du nouveau titulaire[3], et l'action en indemnité contre une compagnie

[1] Civ. cass., 30 janvier 1866, Sir., 66, 1, 152.

[2] Rouen, 28 novembre 1825, Sir., 26, 2, 214. Cpr. Req. rej., 21 juin 1815, Sir., 15, 1, 408. Voy. en sens contraire : Caen, 5 mai 1836, Sir., 36, 2, 338. Les motifs de cet arrêt, qui juge que les arrérages à échoir d'une rente ne peuvent être efficacement cédés qu'avec le fonds même de la rente, ne nous paraissent nullement juridiques, et sont en opposition formelle avec l'art. 1130. Nous donnons notre complète adhésion aux moyens développés dans cette affaire par M. Demolombe, à l'appui de la proposition énoncée au texte.

[3] Paris, 26 juillet 1843, Sir., 43, 2, 523. Civ. cass., 15 janvier 1845, Sir., 45, 1, 84. Req. rej., 16 janvier 1849, Sir., 49, 1, 282. Paris, 11 janvier 1851, Sir., 51, 2, 6. Req. rej., 11 décembre 1855, Sir., 56, 1, 42. Voy. en sens contraire : Paris, 25 décembre 1842, Sir., 44, 2, 401; Bourges, 11 décembre

d'assurances, ou le recours éventuel contre les locataires et voisins, avant l'arrivée du sinistre qui donnera ouverture à cette action ou à ce recours[4]. Ainsi encore, il est permis de céder les produits d'une œuvre littéraire à exécuter en vertu d'une convention conclue entre un auteur et un éditeur[5], et les sommes qui pourront être dues par suite de l'exécution de devis et marchés portant sur des ouvrages déjà déterminés[6]. Dans ces différentes hypothèses, la signification du transport, faite conformément à l'art. 1690, opère saisine complète en faveur du cessionnaire pour toutes les sommes qui pourront être dues en vertu de pareilles conventions[7].

Rien ne s'oppose même à la cession de sommes qui pourront être dues à un entrepreneur à raison de travaux non encore spécialement déterminés, qu'il s'est engagé à exécuter, moyennant un prix convenu, et pendant une certaine période de temps, d'après les ordres qui lui seront donnés à cet effet. Seulement, la signification du transport, faite par le cessionnaire en conformité de l'art. 1690, n'opérera-t-elle en sa faveur saisine complète que pour les sommes dont, à ce moment, l'entrepreneur se trouvera déjà créancier éventuel, comme afférentes à des travaux qu'il avait reçu l'ordre d'exécuter[8].

1844, Sir., 46, 2, 271. — Mais on ne peut céder le prix d'un office dont le titulaire aurait l'intention de se démettre avant la conclusion du traité à intervenir à cet effet. Caen, 27 décembre 1858, Sir., 59, 2, 283. Trib. de Toulouse, 24 janvier 1866, Sir., 67, 2, 88.

[4] Civ. cass., 24 novembre 1840, Sir., 41, 1, 45. Amiens, 24 juillet 1841, Sir., 41, 2, 93.

[5] Paris, 27 novembre 1854, Sir., 56, 2, 47. — Mais le produit d'œuvres projetées qui n'ont encore fait l'objet d'aucun traité avec un éditeur n'est pas susceptible de cession. Paris, 30 janvier 1854, Sir., 54, 2, 734.

[6] La proposition, telle qu'elle est énoncée au texte, n'a jamais été contestée. Seulement a-t-on voulu prétendre, en se fondant sur l'art. 1798, que la cession par un entrepreneur du prix de travaux à effectuer, ne pouvait avoir lieu au préjudice de l'action directe que cet article accorde aux ouvriers. Voy. sur ce point : § 263 *bis*, texte III, lett. *b* ; § 374, texte n° 3.

[7] La Cour d'Aix (15 juin 1839, Sir., 39, 2, 93) a cependant jugé le contraire, mais par des motifs qui, à notre avis, renferment une double erreur, en ce que, d'une part, cette Cour a considéré la délivrance du titre comme nécessaire à la saisine, et en ce que, d'autre part, elle a envisagé comme une condition potestative inhérente à la cession elle-même, une éventualité qui ne se rapportait qu'à la créance cédée.

[8] Si des saisies-arrêts avaient été pratiquées postérieurement à la significa-

Les objets qui sont cessibles de leur nature ne peuvent, en général, et sauf les exceptions admises par la loi, être déclarés incessibles par convention. Cette proposition s'applique notamment aux rentes viagères constituées à titre onéreux, et aux prix de remplacement militaire[9].

D'un autre côté, une créance ne devient pas incessible par cela seul qu'elle a été frappée de saisie-arrêt[10].

La loi défend expressément de céder les droits d'usage et d'habitation, les espérances de succession[11], les parts éventuelles dans le produit des prises maritimes[12], les traitements de réforme, les pensions militaires ou civiles, et celles de la Légion d'honneur[13], les rentes viagères de la caisse des retraites pour la vieillesse, les rentes viagères attachées à la médaille militaire, les dotations des membres du sénat, enfin les sommes attribuées aux rengagés et engagés volontaires après libération, par les art. 12 et 13 de la loi sur la dotation de l'armée[14]. Toutefois, celles de ces pensions ou rentes qui sont susceptibles d'être saisies, soit exclusivement

tion du transport, cette signification ne vaudrait que comme opposition pour les sommes autres que celles dont il est question au texte. Civ. rej., 7 août 1843, Sir., 43, 1, 775.

[9] Arg. art. 544, 1172, 1594, 1598 et 1981. Cpr. Code de procédure, art. 581. Orléans, 6 août 1841, Sir., 41, 2, 575. Req. rej., 1er mars 1843, Sir., 43, 1, 345. Civ. cass., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 619.

[10] Cette proposition n'est qu'une application particulière de la règle : *Main de justice ne dessaisit et ne saisit personne*. Cpr. Civ. rej., 3 décembre 1851, Sir., 52, 1, 241; Nîmes, 10 janvier 1854, Sir., 54, 2, 111. — Voy. sur les effets d'une signification de cession, intermédiaire entre des saisies-arrêts antérieures et postérieures : § 359 *bis*, texte n° 4.

[11] Art. 631, 634, 791, 1130 et 1600. Cpr. § 344, texte et notes 10 à 17.

[12] Loi du 1er octobre 1793, art. 46. Arrêté du 9 ventôse an IX, art. 42.

[13] Déclaration du 7 janvier 1779, art. 1 et 13. Loi des 18-22 août 1791, art. 4. Arrêté des consuls du 7 thermidor an X. Avis du Conseil d'État des 23 janvier-2 février 1808. Ordonnances des 27 août 1817 et 30 avril 1823. Loi sur les pensions de l'armée de terre du 11 avril 1831, art. 28. Loi sur les pensions de l'armée de mer du 18 avril 1831, art. 30. Loi sur l'état des officiers du 19 mai 1834, art. 20. Loi du 21 juin 1845, art. 7. Loi sur les pensions civiles du 9 juin 1853, art. 26. Code de procédure, art. 580. Voy. aussi sur les pensions des artistes, employés et agents du théâtre impérial de l'Opéra : Décret du 14 mai 1856, art. 35.

[14] Voy. sur ces quatre derniers points : Loi des 8 mars, 12 et 18 juin 1850, art. 5, al. 3; Décret du 29 février 1852, art. 3; Décret du 24 mars 1852, art. 3; Loi du 26 avril 1855, art. 18.

pour certaines causes, soit d'une manière absolue, mais jusqu'à concurrence seulement d'une somme ou portion déterminée, peuvent, dans la même mesure, former l'objet d'une cession[15].

La question de savoir si le transport de tels droits ou actions, sur l'incessibilité desquels la loi ne s'est point formellement expliquée, se trouve ou non implicitement prohibé, ne peut être résolue au moyen d'une formule générale[16]. Il faut, pour la solution de cette question, s'attacher à la nature et aux caractères particuliers du droit à l'occasion duquel elle s'élève, au but dans lequel il a été établi, aux conditions de son exercice et à l'analogie qu'il peut présenter avec d'autres droits, dont la loi aurait expressément autorisé ou interdit la cession.

En partant de ces données, on doit considérer comme implicitement prohibée par la loi la cession du droit de retrait successoral au profit d'un non-successible[17], et celle du droit de réclamer des aliments en vertu, soit de la loi, soit d'un acte de libéra-

[15] Cpr. Avis du Conseil d'État des 22 décembre 1807-11 janvier 1808 ; Loi du 11 avril 1831, art. 28; Loi du 18 avril 1831, art. 30; Loi du 19 mai 1834, art. 20; Loi des 8 mars, 12 et 18 juin 1850, art. 5, al. 3; Loi du 9 juin 1853, art. 18.

[16] On a vainement cherché à établir un principe général qui pût donner le moyen de reconnaître si tel droit est ou non susceptible d'être cédé. Certains auteurs posent en principe que tout ce qui est transmissible par succession l'est également par voie de cession. D'autres enseignent que les droits qui ne peuvent être exercés par les créanciers ne sont pas davantage susceptibles d'être cédés. Cpr. Troplong, I, 224 et suiv. Mais ces règles, qui ne font d'ailleurs que reculer ou déplacer la difficulté, ne sont, ni suffisantes sous le rapport de leur application pratique, ni même exactes en théorie. Il est des droits qui, comme le retrait successoral, sont transmissibles par voie de succession, et qui cependant ne sont pas susceptibles d'être cédés. Cela s'explique très-bien par la raison qu'il existe une grande différence entre des héritiers, qui représentent la personne même de leur auteur, et de simples cessionnaires, qui ne la représentent pas. A l'inverse, il est des droits qui, quoique ne passant pas aux héritiers, parce qu'ils s'éteignent par la mort de celui auquel ils compètent, n'en sont pas moins cessibles : tel est le droit d'usufruit. Enfin, il est des droits qui ne peuvent être exercés par les créanciers contre le gré du débiteur, et qui, pouvant l'être avec son consentement, sont par cela même susceptibles d'être cédés. Cpr. § 312, texte n° 2 et note 23.

[17] Une pareille cession serait en opposition directe avec le but de l'art. 841. Demolombe, XVI, 58. Zachariæ, § 359, texte et note 49. Cpr. § 312, texte n° 2 et note 37.

lité[18], en tant que la cession tendrait à neutraliser les résultats

[18] Arg. art. 581 et 1004 du Code de procédure. Voy. aussi Code Napoléon, art. 1293, n° 3. Cette opinion paraît généralement admise en ce qui concerne les aliments dus en vertu de la loi. Troplong, *De la vente*, I, 227; *Des transactions*, n° 95. Paris, 7 floréal an XII, Sir., 4, 2, 132. Bruxelles, 17 juin 1807, Sir., 7, 2, 325. Mais elle est vivement controversée quant aux aliments dus en vertu d'un acte de libéralité. M. Troplong, notamment (*de la vente, loc. cit.*, *des transactions*, n°s 96 à 98, et *du contrat de mariage*, II, 411), repousse, sous ce rapport, la solution donnée au texte, en se fondant sur ce que l'insaisissabilité n'entraîne pas virtuellement l'incessibilité, ni la prohibition de compromettre celle de céder, et en invoquant, à l'appui de sa manière de voir, la jurisprudence de la Cour de cassation. Voy. civ. rej., 31 mai 1826, Sir., 26, 1, 447; Req. rej., 22 février 1831, Sir., 31, 1, 107; Req. rej., 1er avril 1844. Sir., 44, 1, 468. Voy. encore dans le même sens : Odier, *Du contrat de mariage*, I, 88; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 353; Larombière, *Des obligations*, I, art. 1128, n° 10. Malgré ces imposantes autorités, nous persistons dans notre sentiment. Il n'est, sans doute, pas exact de dire que toute créance insaisissable soit par cela même incessible. Ainsi, les rentes sur l'État, quoique ne pouvant être saisies, n'en sont pas moins susceptibles d'être cédées, et cela se comprend parfaitement : c'est en dehors de toute considération tirée de la personne du crédi-rentier, et dans le but de rehausser la valeur de ces rentes, que le législateur les a déclarées insaisissables, de sorte que, quand bien même la loi n'en eût pas formellement admis la cession, ce serait directement aller contre le but qu'elle a voulu atteindre, que de conclure de leur insaisissabilité à leur incessibilité. Lors, au contraire, que dans la vue de protéger la personne du créancier, comme cela se présente en matière d'aliments, la loi déclare une créance insaisissable, la conclusion que nous écartions il n'y a qu'un instant, pour cause d'inconséquence, devient parfaitement rationnelle. L'insaisissabilité conduit forcément, en pareil cas, à l'incessibilité, car la protection que le législateur a voulu accorder au créancier serait incomplète, si elle ne le mettait à l'abri de ses propres faiblesses. D'un autre côté, tout en convenant que la prohibition de compromettre n'emporte pas toujours celle de céder, et qu'ainsi, par exemple, le tuteur est autorisé à céder les créances du pupille, sur lesquelles il lui est interdit de compromettre, nous maintenons cependant que quand cette prohibition est fondée, non sur l'incapacité des personnes intéressées ou sur le défaut de pouvoir de leurs représentants, mais sur la nature même du droit qui doit former l'objet du compromis, elle ne se comprend qu'en raison de l'indisponibilité de ce droit, indisponibilité qui s'oppose à la cession aussi bien qu'au compromis. C'est ce que prouve clairement, à notre avis, le rapprochement des art. 1003 et 1004 du Code de procédure : si la personne à laquelle a été fait un don ou legs d'aliments devait être considérée comme ayant *la libre disposition de son droit*, et comme pouvant, par conséquent, le céder à titre onéreux, et même y renoncer à titre gratuit, la prohibition de compromettre sur un pareil droit n'aurait plus aucun fondement rationnel. Nous terminerons en faisant

qu'a voulu obtenir le législateur ou l'auteur de la libéralité[19]. On doit de même considérer comme incessibles les traitements d'activité des militaires et des fonctionnaires publics, dans la mesure du moins de leur insaisissabilité[20].

Mais rien ne paraît, en principe et d'une manière absolue, s'opposer au transport des sommes déposées aux caisses d'épargne[21]. D'un autre côté, les cautionnements des officiers ministériels sont également, sauf l'exercice des priviléges qui les frappent, susceptibles de cession[22].

2° La propriété d'un droit cédé, c'est-à-dire le pouvoir exclusif d'exercer les actions qui y sont attachées, se transmet, sauf les exceptions ci-après indiquées et les modifications résultant de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, non-seulement entre les parties, mais même au regard des tiers, par le seul effet de la cession[23].

Cette règle s'applique, sous les modifications dont il vient d'être parlé, non-seulement à la cession de droits réels, tels que l'usufruit et les droits successifs[24], ainsi qu'à celle des actions immobi-

remarquer que les motifs des arrêts cités en tête de cette note sont, il est vrai, contraires à notre manière de voir, mais qu'au fond il ne s'agissait pas, dans les espèces sur lesquelles ont statué les deux premiers de ces arrêts, d'aliments constitués à titre de don ou de legs, puisqu'un douaire ou des gains de survie sont bien moins le produit d'une pure libéralité, que le résultat de conventions matrimoniales essentiellement synallagmatiques. Duranton, XVI, 165. Duvergier, I, 214. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 120. Cpr. aussi Demolombe, IV, 78.

[19] En partant de la restriction indiquée au texte, on doit reconnaître que les arrérages à échoir d'une pension alimentaire adjugée par justice, peuvent être cédés pour cause d'aliments. Pau, 15 avril 1861, Sir., 62, 2, 228.

[20] Cpr. loi du 19 pluviôse an III; Loi du 21 ventôse an IX, Code de procédure, art. 580.

[21] Voy. cependant en sens contraire : Montpellier, 22 avril 1842, Sir., 42. 2, 307.

[22] Favard, *Rép.*, v° Cautionnement, § 4. Rolland de Villargues, *Rép. du not. eod. v°*, n° 95. Dard, *Des offices*, p. 67. Rouen, 27 février 1838, Sir., 38, 1, 753, note 3. Paris, 11 mars 1852, Sir., 52, 2, 176. Lyon, 30 avril 1852. Sir., 52, 2, 335. Paris, 29 juin 1863, Sir., 63, 2, 138. Voy. en sens contraire : Paris, 11 juillet 1836, Sir., 36, 2, 395.

[23] Art. 711 et 1138. Cpr. § 174, texte *in principio*; § 209.

[24] Rodière, *Revue de législation*, 1836, IV, p. 234; Duvergier, II, 351. Zachariæ, § 359, texte et note 7. Amiens, 19 août 1825, Sir., 26, 2, 185. Civ. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 268. Toulouse, 24 novembre 1832, Sir., 33, 2, 316. Civ. rej., 6 juillet 1858, Sir., 59, 1, 247. Cpr. aussi Troplong, II, 907.

lières[25], mais encore à la cession de droits personnels sur des objets immobiliers, ou sur des objets mobiliers déterminés dans leur individualité, tels, par exemple, que le droit de bail.

La règle ci-dessus reçoit exception quant aux brevets d'invention, en ce que le cessionnaire d'un pareil brevet n'en est saisi au regard des tiers que du jour où l'acte de cession a été enregistré au secrétariat de la préfecture du département où il a été passé. Loi du 5 juillet 1844, art. 20, al. 3.

Elle reçoit encore exception, en vertu des art. 1690 et 1691, qui seront développés au paragraphe suivant, en matière de transport de créances proprement dites, c'est-à-dire de créances ayant pour objet, soit le paiement d'une somme d'argent, soit la livraison de choses mobilières, déterminées seulement quant à leur espèce.

L'obligation de délivrance s'accomplit en matière de cession, soit au moyen de la remise des actes qui constatent l'existence du droit cédé, soit même, suivant les cas, en vertu du simple consentement du cédant à l'exercice de ce droit par le cessionnaire. Art. 1689 et 1607.

En vertu du principe qu'un successeur ne peut acquérir des droits plus étendus ni plus solides que ceux de son auteur, le tiers contre lequel un droit a été cédé, est, en général, admis à opposer

Voy. en sens contraire : Req. rej., 18 novembre 1819, Sir., 21, 1, 321 : Req. rej., 23 juillet 1835, Sir., 35, 1, 481 ; Pau, 21 décembre 1844, Sir., 45, 2, 454; Nancy, 28 juin 1856, Sir., 56, 2, 558. D'après ces derniers arrêts, la cession de droits successifs serait soumise à l'application des art. 1690 et 1691. Mais cette manière de voir nous paraît en opposition formelle avec les dispositions des articles précités, dont la nature exceptionnelle résiste à toute interprétation extensive. Le terme *débiteur*, répété à trois reprises dans ces articles, indique bien clairement que le législateur n'a eu en vue que la cession de créances proprement dites. En vain a-t-on objecté qu'il peut arriver, par suite des opérations du partage, que le cessionnaire n'ait que des créances de sommes d'argent à exercer contre les cohéritiers du cédant, et qu'en pareil cas les droits successifs de ce dernier sont à considérer comme n'ayant jamais consisté que dans ces créances. Cette objection, qui ne repose que sur une application forcée de l'article 883, nous paraît dénuée de toute valeur. La raison indique en effet que, pour apprécier la véritable nature d'un droit cédé, il faut exclusivement s'attacher au caractère qu'il avait au moment de la cession, sans tenir compte des transformations qu'il a subies par suite de son exercice. Au surplus, nous pensons qu'après l'arrêt si formel que la Chambre civile a rendu en 1859 dans le sens de notre opinion, la Chambre des requêtes ne persistera pas dans sa jurisprudence.

[25] Cpr. cep. Req. rej., 17 mars 1840, Sir., 40, 1, 197.

au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant lui-même.

D'un autre côté, celui qui cède un droit résultant d'une convention synallagmatique, ne peut, par la cession, se dégager des obligations que cette convention lui impose. Quelles que soient les stipulations intervenues entre lui et le cessionnaire, il reste personnellement obligé envers la personne avec laquelle il a conclu la convention primitive[26].

La cession faite moyennant un prix déterminé en argent est, en général, régie par les mêmes principes que la vente d'objets corporels[27]. Ainsi, les frais de cession sont à la charge du cessionnaire[28]. Ainsi encore, le cédant d'un office ou de droits successifs jouit du privilége de vendeur[29]. Enfin, le cessionnaire d'un office peut exercer l'action en diminution de prix, à raison de causes ou de circonstances cachées de nature à diminuer notablement la valeur ou les produits de l'office[30].

Il résulte également de l'assimilation à faire entre la cession et la vente, que le cédant est tenu de garantir l'existence du droit cédé, au moment du transport, à moins que la cession n'ait eu lieu aux risques et périls du cessionnaire. Art. 1698 cbn. 1629.

Les règles spéciales établies par le Code Nap., en matière de cession de créances, de droits successifs, ou de droits litigieux, feront l'objet des trois paragraphes suivants.

§ 359 *bis*.

De la cession des créances.

1° *Des conditions requises pour la saisine du cessionnaire.*

La propriété[1] d'une créance passe au cessionnaire, dans ses rapports avec le cédant, par le seul effet de la cession.

26 Civ. cass., 31 janvier 1866, Sir., 66, 1, 152.

27 Zachariæ, § 359, texte *in principio*.

28 Art. 1593. Civ. cass., 25 novembre 1840, Sir., 41, 1, 127. — Ces frais pourraient cependant être mis à la charge du débiteur cédé, s'il avait concouru à une cession faite dans son intérêt.

29 Cpr. art. 2102 et 2103 ; §§ 261 et 263. Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 102. Grenoble, 4 janvier 1853, et Lyon, 29 juillet 1853, Sir., 53, 2, 580.

30 Cpr. § 355 *bis*, texte n° 1, et note 13.

1 Le mot *propriété* est pris ici dans l'acception étendue que lui attribue l'art.

Mais, au regard des tiers, elle ne lui est transmise que par la signification du transport au débiteur cédé, ou au moyen de son acceptation par ce dernier ; en d'autres termes, ce n'est que par l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces conditions, que le cessionnaire est *saisi* de la créance vis-à-vis des tiers. Art. 1690 [2].

On entend par *tiers*, en cette matière, tous ceux qui ont un intérêt légitime à écarter la cession pour faire maintenir des droits ou avantages acquis depuis sa passation [3]. On doit donc considérer comme des tiers, non-seulement de nouveaux cessionnaires, et le débiteur cédé, qui a fait des paiements au cédant ou qui a traité avec lui au sujet de la créance cédée, mais encore les créanciers de ce dernier, antérieurs ou postérieurs à la cession [4], en tant que par des saisies-arrêts pratiquées sur la créance cédée, ou par l'effet de la déclaration de faillite du cédant, ils ont acquis sur cette créance des droits distincts de ceux de leur débiteur [5].

En cas de cession d'une créance due par plusieurs débiteurs solidaires, la signification faite à l'un d'eux, ou son acceptation, opère saisine en faveur du cessionnaire, sous cette restriction toutefois, que les paiements effectués de bonne foi par les autres

[1] Quoique, de prime abord, il puisse paraître étrange de voir employer, en fait de créances, les expressions *propriété* et *propriétaire*, ces expressions se justifient cependant, lorsque l'on considère les créances, non plus en elles-mêmes et d'après leur nature propre, mais comme des biens, c'est-à-dire, comme des éléments constitutifs du patrimoine. Cpr. Code de commerce, art. 136.

[2] La loi du 23 mars 1855 sur la transcription exige, indépendamment de l'accomplissement de l'une ou l'autre des conditions indiquées par l'art. 1690, une formalité de plus, pour la complète efficacité des cessions de loyers ou de fermages non échus, lorsqu'elles portent sur trois années, ou au delà. Les actes ou jugements constatant de pareilles cessions doivent être transcrits, pour pouvoir être opposés au tiers ayant acquis et dûment conservé des droits sur les immeubles loués. Art. 2, n° 5, et art. 3. Voy. cep. art. 10 et 11.

[3] On aurait tort de regarder comme des tiers, dans le sens de l'art. 1690, toutes les personnes qui, n'ayant pas figuré à la cession, pourraient avoir un intérêt quelconque à l'écarter. Ce serait attacher à sa disposition, une idée de formalisme qui répugne à l'esprit général de notre législation. Cpr. Duvergier, II, 206. Req. rej., 22 juillet 1828, Dalloz, 1828, 1, 344. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 895 à 897. Les considérations à l'aide desquelles le savant auteur cherche à combattre la doctrine de cet arrêt, nous paraissent en général porter à faux.

[4] Duvergier, II, 191. Req. rej., 2 mars 1814, Sir., 14, 1, 198.

[5] Voy. pour le cas de saisie-arrêt, art. 1242 et 1298. Voy. sur le cas de faillite, les autorités citées à la note 16 *infra*.

débiteurs, entre les mains soit du cédant, soit d'un second cessionnaire, devraient être maintenues [6].

La signification du transport doit être faite au domicile général du débiteur, et non au domicile qu'il peut avoir élu pour l'exécution de la convention d'où résulte la créance cédée [7]. Il suffit du reste, pour la validité de la signification, qu'elle relate la substance du transport ; il n'est pas nécessaire qu'elle en contienne une copie littérale [8].

L'acceptation du transport, qui lie le débiteur cédé, lors même qu'elle n'a été faite que par acte sous seing privé ou verbalement [9], n'est efficace vis-à-vis des autres intéressés, qu'autant qu'elle se trouve constatée par un acte authentique [10]. Art. 1690. Si, en l'absence d'une acceptation authentique, le débiteur est forcé de payer un second cessionnaire qui a fait signifier son transport, le premier cessionnaire ne peut contraindre le débiteur à payer une seconde fois, à moins que ce dernier, en s'engageant à se libérer entre ses mains, ne l'ait dispensé de toute signification de transport [11].

La connaissance que le débiteur cédé aurait indirectement ac-

[6] Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Transport des créances, n° 59. Rouen, 15 juin 1847, Sir., 49, 2, 25. Cpr. Toulouse, 11 janvier 1831, Sir., 31, 2, 217.

[7] Voy. § 146, texte et note 16. Zachariæ, § 359, note 8.

[8] Les termes *acceptation du transport*, qui, dans l'art. 1690, suivent les mots *signification du transport*, indiquent clairement que le législateur, en parlant de transport, a eu en vue, non l'acte instrumentaire qui constate la cession, mais la convention même de cession (*negotium juridicum*). Il doit donc suffire de notifier au débiteur la substance de cette convention. Troplong, II, 902. Duvergier, II, 183. Rolland de Villargues, *op. et v° citt.*, n° 68. Orléans, 26 février 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 265. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 13 juillet 1848, Sir., 49, 2, 24.

[9] Delvincourt, III, p. 170. Duranton, XVI, 496. Troplong, II, 901. Duvergier, II, 216. Zachariæ, § 359, note 9. Req. rej., 31 janvier 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, I, 376. Orléans, 29 novembre 1838, Sir., 39, 2, 327. Rennes, 29 juillet 1861, Sir., 62, 2, 225.

[10] L'acceptation du transport faite par le débiteur cédé dans un acte sous seing privé ne suffirait pas pour saisir le cessionnaire, quoique cet acte eût acquis date certaine. Zachariæ, § 359, note 10. Dijon, 9 février 1847, Sir., 48, 2, 190. Rennes, 29 juillet 1861, Sir., 62, 2, 225. Cpr. Req. rej., 2 mars 1814, Sir., 14, 1, 198.

[11] Orléans, 29 novembre 1838, Sir., 39, 2, 327. Douai, 11 février 1845, Sir., 45, 2, 375.

quise de la cession, n'équivaudrait pas à elle seule à signification ou acceptation, et ne l'empêcherait pas nécessairement d'exciper du défaut d'accomplissement de ces conditions. Mais si les faits et circonstances de la cause dénotaient de sa part une collusion avec le cédant, ou même simplement une imprudence grave, le transport devrait, quoique non signifié ni accepté, sortir, en ce qui le concerne, tout son effet[12]. Les mêmes propositions s'appliqueraient à un second cessionnaire, en ce sens que le transport non signifié ni accepté, qui ne peut lui être opposé à raison de la seule connaissance qu'il en aurait acquise, serait cependant efficace à son égard s'il s'était rendu coupable de mauvaise foi ou d'une imprudence grave[13].

Les formalités prescrites par l'art. 1690 peuvent être utilement

[12] Ce serait méconnaître l'esprit de la disposition de l'art. 1690, dont l'unique but est de garantir les intérêts légitimes des tiers, que de l'appliquer d'une manière tellement absolue, qu'elle pût avoir pour résultat de couvrir des actes entachés de mauvaise foi ou d'une grave imprudence. Toutefois, la seule connaissance que le débiteur aurait indirectement acquise du transport, ne doit pas toujours et nécessairement le faire considérer comme ayant agi de mauvaise foi ou avec imprudence, lorsqu'il a payé entre les mains du cédant, ou qu'il a traité avec lui. Si ce dernier, par exemple, était en apparence *in bonis*, et que le débiteur eût eu des raisons plausibles de croire que le transport n'était pas sincère, il n'y aurait aucun reproche à lui adresser. Ces observations nous paraissent de nature à concilier, sur cette difficulté, les opinions des auteurs et les décisions judiciaires, qui, au premier abord, peuvent sembler contradictoires. Cpr. Troplong, II, 900; Duvergier, II, 208 à 210; Zachariæ, § 359, note 11 *in fine;* Civ. rej., 12 juillet 1831, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 1, 141; Req. rej., 25 juillet 1832, Sir., 33, 1, 347; Req. rej., 17 mars 1840, Sir., 40, 1, 198; Bastia, 2 mai 1842, Sir., 42, 2, 457; Req. rej., 17 août 1844, Sir., 49, 1, 48; Rouen, 14 juin 1847, Sir., 49, 2, 25; Bastia, 10 mars 1856, Sir., 56, 2, 202.

[13] En nous référant aux observations contenues dans la note précédente, nous ferons remarquer que le second cessionnaire devrait, malgré la connaissance de la première cession, être considéré comme ayant traité de bonne foi, s'il avait eu des raisons suffisantes de croire que cette cession n'était pas sincère, et surtout si, étant lui-même créancier légitime du cédant, il s'était fait passer le transport en extinction de sa créance. Cpr. Duranton, XVI, 499; Req. rej., 14 mars 1831, Sir., 34, 1, 718; Req. rej., 5 mars 1838, Sir., 38, 1, 630; Paris, 2 décembre 1843, Sir., 44, 1, 56; Civ. rej., 4 janvier 1848, Sir., 48, 1, 103.—Il est, du reste, bien entendu que l'on ne pourrait jamais se prévaloir contre les créanciers saisissants, de la connaissance qu'ils auraient eue avant la saisie, de l'existence d'un transport non signifié, ni accepté : *jura vigilantibus succurrunt, non dormientibus.*

accomplies à toute époque, même après le décès du cédant, et bien que sa succession n'ait été acceptée que sous bénéfice d'inventaire[14].

Toutefois, en cas de faillite du cédant, la signification ou l'acceptation authentique du transport, quoique pouvant encore valablement être faite après la cessation de paiements[15], resterait sans effet à l'égard des créanciers de la masse, si elle n'avait eu lieu que postérieurement au jugement déclaratif de faillite[16]. Il en serait ainsi, alors même qu'avant jugement la cession aurait été acceptée par un acte sous seing privé, enregistré[17].

D'un autre côté, le transport d'une créance frappée de saisie-arrêt par l'un des créanciers du cédant, ne peut être signifié avec complète efficacité au préjudice du saisissant, à l'égard duquel la signification ne vaut que comme simple opposition. Mais l'existence d'une saisie-arrêt n'empêche pas que les formalités prescrites par l'art. 1690 ne puissent être utilement accomplies à l'encontre des autres créanciers du cédant ou d'un nouveau cessionnaire[18].

Si plusieurs significations ont eu lieu le même jour, elles placent sur la même ligne les différents cessionnaires, à moins que les actes qui les constatent n'indiquent, d'une manière précise,

[14] Douai, 17 juillet 1833, Sir., 33, 2, 502. Bordeaux, 10 février 1837, Sir., 37, 2, 288. Montpellier, 3 mai 1841, Sir., 41, 2, 332.

[15] Demangeat, sur Bravard, *Traité de Droit commercial*, V, p. 295, à la note. Civ. cass., 4 janvier 1847, Sir., 47, 1, 172 et 174. Paris, 17 février 1849, Sir., 49, 2, 175. Cpr. aussi : Req. rej., 10 juin 1848, Sir., 48, 1, 465. Voy. en sens contraire : Bravard, *op. et loc. citt.*; Civ. rej., 13 juillet 1830, Sir., 30, 1, 375; Colmar, 17 janvier 1866, Sir., 66, 2, 218. On perd de vue, dans cette dernière opinion, que les créanciers du failli ne passent de la classe des ayants cause dans celle des tiers, que par l'effet du jugement déclaratif de faillite, et qu'ainsi la signification ou l'acceptation authentique du transport opère, en ce qui les concerne, saisine complète au profit du cessionnaire, lorsqu'elle a eu lieu antérieurement à ce jugement.

[16] Duranton, XVI, 502. Troplong, II, 911. Duvergier, II, 215. Bravard et Demangeat, *op. et loc. citt.* Paris, 13 décembre 1814, Sir., 15, 2, 98. Nancy, 22 août 1844, Sir., 45, 2, 253. Riom, 6 mars 1845, Sir., 46, 2, 218. Civ. cass. et Civ. rej., 4 février 1847, Sir., 47, 1, 161 et 170. Paris, 28 juin 1855, Sir., 56, 2, 32. Civ. rej., 26 janvier 1859, Sir., 59, 1, 569. Rennes, 29 juillet 1861, Sir., 62, 2, 225.

[17] Civ. rej., 26 janvier 1863, Sir., 63, 1, 64.

[18] Voy. sur les droits respectifs des parties, dans cette hypothèse : texte n° 4, *infra*.

l'heure à laquelle elles ont eu lieu, auquel cas la cession signifiée ou acceptée la première doit obtenir la préférence[19]. La preuve testimoniale ne serait pas admise pour établir la priorité[20].

Du reste, la signification ou l'acceptation du transport emporte saisine au profit du cessionnaire, indépendamment de la délivrance du titre constitutif de la créance cédée, et bien qu'un cessionnaire antérieur ait été mis en possession de ce titre[21].

2° *Des créances et des actes auxquels s'applique l'art.* 1690.

La disposition de cet article s'applique aux cessions entre commerçants faites en la forme ordinaire du transport, comme à celles qui interviennent entre non-commerçants; et cela, alors même que la créance cédée est de nature commerciale[22].

Mais elle ne s'applique ni à la transmission des rentes sur l'État qui s'opère par voie de transfert[23], ni au transport, par voie d'endossement, des effets négociables[24], ni, à plus forte raison, à

19 *Nec obstat* art. 2147 : La disposition de cet article, qui est fondée sur des motifs particuliers au régime hypothécaire, ne doit pas être étendue à d'autres matières. Troplong, II, 953. Duvergier, II, 187 et 188. Bruxelles, 30 janvier 1808, Sir., 7, 2, 1253.

20 Cette proposition n'est pas contraire à celle qui se trouve énoncée au § 763, texte *in fine* et note 12. Si la preuve testimoniale est admissible, entre plaideurs qui se sont fait signifier le même jour deux actes de procédure, pour établir la priorité de l'une de ces significations, il en est tout autrement dans l'hypothèse indiquée au texte, où le conflit s'élève entre deux personnes qui sont des tiers, l'une à l'égard de l'autre.

21 Ici ne s'applique pas l'art. 1141. qui ne concerne que les ventes de choses corporelles. Bruxelles, 30 janvier 1808, Sir., 8, 2, 253. Bordeaux, 26 août 1831, Sir., 32, 2, 75. Caen, 10 février 1832, Sir., 32, 2, 394. Rouen, 14 juin 1847, Sir., 49, 2, 25. Civ. rej., 29 août 1849, Sir., 50, 1, 193.

22 Duranton, XVI, 505. Troplong, II, 908. Zachariæ, § 359, note 7. Civ. cass., 23 novembre 1813, Sir., 14, 1, 78. Bordeaux, 18 août 1829, Sir., 30, 2, 5. Riom, 8 mars 1845, Sir., 46, 2, 118. Rennes, 29 juillet 1861, Sir., 62, 2, 225. Civ. rej., 27 novembre 1865, Sir., 66, 1, 60. Cpr. Civ. cass., 9 mars 1864, Sir., 64, 1, 185. Req. rej., 28 avril 1869, Dalloz, 1869, 1, 445. Les arrêts de la Cour de cassation du 7 janvier 1824 (Sir., 24, 1, 123) et du 3 juillet 1827 (Sir., 27, 1, 506), qui ont été cités en sens contraire, n'ont réellement pas décidé la question. Voy. cep. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 313; Duvergier, II, 213.

23 Loi du 28 floréal an VII. Décret du 13 thermidor an XIII, art. 1er.

24 Code de commerce, art. 36, 136 et 187. Les dispositions de ces ar-

la transmission des effets au porteur, qui se consomme par leur tradition manuelle[25].

La disposition de l'art. 1690 ne concerne que les actes de cession proprement dits. Elle est étrangère au paiement avec subrogation[26], ainsi qu'à la novation opérée par changement de créancier, et même à la délégation, lorsque, faite avec décharge expresse du débiteur originaire du délégataire, elle emporte novation aux termes de l'art. 1275[27]. Mais cette disposition reste applicable à la délégation tant qu'elle n'a pas été suivie de la décharge du débiteur originaire du délégataire[28].

3° *Des conséquences du défaut de signification ou d'acceptation authentique du transport.*

Du principe que la propriété de la créance cédée ne passe au cessionnaire, à l'égard des tiers, que par l'accomplissement de l'une ou de l'autre des conditions indiquées en l'art. 1690, découlent entre autres les conséquences suivantes :

a. Le débiteur cédé est libéré par les paiements faits entre les mains du cédant avant la signification ou l'acceptation du transport. Art. 1691. A cet égard, il est à remarquer que les quittances délivrées par le cédant peuvent être opposées au cessionnaire, bien qu'elles n'aient pas acquis date certaine avant la signification, ni même avant l'acceptation du transport, sauf aux tribunaux à en apprécier la sincérité, au double point de vue des paiements eux-mêmes et de leur date[29].

Le débiteur cédé peut également opposer au cessionnaire toute autre cause d'extinction de l'obligation, et toute présomption de

ticles peuvent-elles être étendues aux obligations notariées, stipulées payables à ordres? Voy. pour la négative : Lyon, 22 mars 1830, Sir., 31, 2, 238 ; Grenoble, 7 février 1835, Sir., 35, 2, 340.

[25] Req. rej., 17 novembre 1829, Sir., 30, 1, 34.

[26] Cpr. § 321, texte n° 1, notes 21 et 22.

[27] Les formalités prescrites par l'art. 1690 supposant une créance qui continue de subsister, deviennent sans objet et sans application possible, lorsque la créance se trouve éteinte par novation. Troplong, *Des hypothèques,* I, 344 et 345.

[28] Cpr. Agen, 2 décembre 1851, Sir., 51, 2, 678.

[29] Voy. § 756, texte n° 2, lett. *b, in fine.*

libération, acquise en sa faveur contre le cédant avant la signification ou l'acceptation du transport[30].

b. Dans le concours de deux cessionnaires successifs d'une même créance, la préférence est due à celui qui le premier a notifié sa cession au débiteur cédé, ou obtenu l'acceptation authentique de ce dernier, encore que son transport soit postérieur en date[31].

c. Le débiteur qui devient, par voie de cession, créancier de son propre créancier, ne peut se prévaloir de la compensation à l'égard des tiers tant qu'il n'a pas fait accepter ou signifier le transport[32].

d. Les créanciers du cédant peuvent, jusqu'à l'acceptation ou la signification du transport, frapper de saisie-arrêt la créance cédée[33], alors même que leurs titres seraient postérieurs à la cession[34].

Du reste, le défaut de signification ou d'acceptation du transport ne met point obstacle à ce que le cessionnaire fasse, à l'encontre de tierces personnes, tous actes conservatoires de la créance cédée[35]. Ainsi, il est autorisé à interposer des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs du débiteur cédé. Ainsi encore il peut, lorsque la créance est hypothécaire, prendre inscription en son

[30] Ainsi, les jugements rendus contre le cédant, avant l'acceptation ou la signification de la cession, engendrent, au profit du débiteur cédé, l'exception de la chose jugée, sans que le cessionnaire soit admis à les attaquer par voie de tierce opposition. Cpr. § 769, texte n° 2, lett. *a.* Carré, *Lois de la procédure*, II, 1710. Civ. cass., 16 juillet 1816, Sir., 17, 1, 25.

[31] Pothier, n° 558. Maleville, sur l'art. 1690. Zachariæ, § 359, texte et note 14. Civ. cass., 26 août 1831, Sir., 31, 1, 347. Voy. aussi les arrêts cités à la note 21 *supra.*

[32] Duvergier, II, 197. Troplong, II, 891. Paris, 28 février 1825, Sir., 26, 2, 73. — Il est bien entendu qu'entre les parties, la compensation, même résultant d'une cession, produit son effet de plein droit, et indépendamment de toute signification de la cession. Grenoble, 21 août 1828, Sir., 29, 2, 70.

[33] Nous supposons, cela va sans dire, que cette créance n'a pas été antérieurement éteinte par des faits ou actes intervenus entre le débiteur cédé et le cédant ou le cessionnaire. Cpr. texte et note 39 *infra.*

[34] Pothier, n° 556. Delvincourt, sur l'art. 1690. Zachariæ, § 359, texte et note 13. Req. rej., 2 mars 1814, Sir., 14, 1, 198.

[35] Troplong, II, 894. Duvergier, II, 204. Civ. cass., 25 mars 1816, Sir., 16, 1, 233. Req. rej., 11 août 1819, Sir., 19, 1, 450. Req. rej., 16 novembre 1840, Sir., 40, 1, 961. Bourges, 12 février 1841, Sir., 41, 2, 617. Voy. aussi : Civ. rej., 25 juillet 1832, Sir., 33, 1, 347.

propre nom[36], et, au cas de purge poursuivie par un tiers détenteur des immeubles hypothéqués, former une surenchère[37].

Il y a mieux, le débiteur cédé ne pourrait se prévaloir du défaut d'accomplissement de l'une ou de l'autre des conditions exigées par l'art. 1690, pour repousser la demande en condamnation formée contre lui par le cessionnaire, ou pour s'opposer aux actes de poursuites exercés par celui-ci[38].

D'un autre côté, le défaut de signification ou d'acceptation authentique du transport n'empêche pas que le débiteur cédé ne puisse valablement se libérer, au regard du cédant, de ses ayants cause et de ses créanciers, soit par un paiement effectué entre les mains du cessionnaire, soit au moyen d'une convention, emportant novation, conclue avec ce dernier[39].

Quant au cédant, il conserve jusqu'à la signification ou acceptation du transport le droit de faire, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du débiteur, tous les actes conservatoires de la créance, et même celui d'exercer les actions et poursuites y relatives[40].

[36] Voy. § 270, texte n° 1, et note 3.

[37] Duvergier, II, 205 et 206. Req. rej., 22 juillet 1828, Dalloz, 1828, 1. 344. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 895 à 897. L'opinion de ce dernier auteur, sur cette question spéciale, se rattache au sens trop étendu, selon nous, qu'il a cru devoir donner aux expressions *à l'égard des tiers*, dont se sert l'art. 1690. Cpr. texte et note 3 *supra*. La faculté de surenchérir est bien évidemment, pour le créancier hypothécaire, un moyen de conserver l'intégrité de son gage. On ne voit pas dès lors pourquoi il ne pourrait pas exercer cette faculté, comme toute autre tendante à la conservation de sa créance. En vain invoquerait-on les droits de l'adjudicataire, qui n'a pas d'intérêt légitime à contester l'effet de la cession non signifiée, ni acceptée, puisqu'il lui importe peu que la surenchère soit formée par le cessionnaire ou par le cédant.

[38] Le débiteur cédé est bien autorisé, en pareil cas, à exiger du cessionnaire la justification de sa qualité, par la production de l'acte de cession, et à contester la sincérité ou la validité de cet acte. Mais il ne pourrait tirer du défaut de signification une exception de forme, pour faire rejeter la demande ou annuler les poursuites dirigées contre lui. Cette dernière proposition souffre cependant exception en matière de saisie immobilière. Art. 2214.

[39] Civ. cass., 9 mars 1864, Sir., 64, 1, 185.

[40] Troplong, II, 885, 887 et 894. Duvergier, II, 204. Zachariæ, § 359, texte et note 12. Agen, 12 août 1824, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, Civ. cass., 4 décembre 1827, Sir., 28, 1, 42. Bordeaux, 29 avril 1829, Sir., 29, 2, 350. Bordeaux, 7 août 1829, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX. Paris, 15 octobre 1829. Sir., 30, 2, 30. Civ. rej., 22 février 1858, Sir., 58, 1, 444. Voy. en sens

Seulement, le débiteur cédé, actionné ou poursuivi par le cédant, serait-il autorisé à provoquer la mise en cause du cessionnaire s'il avait un recours à craindre de sa part en raison soit d'une acceptation verbale ou sous seing privé de la cession, soit de la simple connaissance qu'il en aurait indirectement acquise.

4° Des conséquences de la signification ou de l'acceptation authentique du transport.

L'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces conditions investit d'une manière complète le cessionnaire de la propriété de la créance cédée, à supposer qu'elle soit restée jusque-là complétement disponible, et écarte ainsi pour l'avenir l'application des conséquences qu'entraîne, d'après les règles exposées au numéro précédent, le défaut de signification ou d'acceptation authentique du transport.

La signification d'un transport, faite après une saisie-arrêt sur la créance cédée, vaut opposition au regard du saisissant, dans la mesure du recours que le cessionnaire peut avoir à exercer contre le cédant[41].

Elle vaut comme telle, bien que la cession elle-même soit pos-

contraire : Colmar, 27 avril 1824, Sir., 26, 2, 52. Cpr. aussi : Alger, 16 mars 1868, Sir., 68, 2, 244 ; Req. rej., 19 janvier 1869, Sir., 69, 1, 296.

41 Duranton, XVI, 500. Troplong, II, 926. Duvergier, II, 200. Zachariæ, § 359, note 17, *in fine*. Guadeloupe, 16 mai 1851, Sir., 51, 2, 801. Voy. en sens contraire : Villequez, *Revue historique*, 1862, VIII, p. 470 et suiv. Il est vrai, comme l'enseigne le savant auteur, que, d'après notre ancien Droit coutumier, la signification d'un transport faite après saisie ne valait point opposition au regard du saisissant, et que ce dernier était préféré au cessionnaire. Mais ce résultat, contraire à la maxime *Main de justice ne dessaisit et ne saisit personne*, ne peut s'expliquer que par le privilége que l'art. 178 de la coutume de Paris accordait au premier saisissant, privilége qui constituait pour lui un droit acquis, dont il ne pouvait pas plus être privé par la signification ultérieure d'un transport, que par une nouvelle saisie-arrêt. Aujourd'hui que l'antériorité de poursuites n'engendre plus, au profit du créancier qui les a exercées, de droit de préférence, on est nécessairement amené à reconnaître que la signification d'un transport vaut tout au moins opposition à l'égard d'un saisissant antérieur ; et cela d'autant mieux, que le cessionnaire pourrait toujours, en se gérant comme simple créancier du cédant à raison de la garantie qui lui est due, pratiquer à son tour une saisie-arrêt.

térieure à la saisie-arrêt[42], et sans qu'il soit nécessaire de faire valider une pareille opposition, conformément aux règles prescrites en matière de saisie-arrêt[43]. Il en résulte que, dans le cas où la somme due par le débiteur cédé, respectivement tiers-saisi, est insuffisante pour désintéresser tout à la fois le créancier saisissant et le cessionnaire, elle doit être partagée entre eux au marc le franc de leurs prétentions respectives.

Si, après la signification du transport d'une créance déjà frappée d'opposition, il survenait de nouvelles saisies-arrêts, elles ne donneraient aux nouveaux saisissants aucun droit sur le dividende avenant au cessionnaire dans la répartition à faire entre lui et le premier saisissant. Mais, comme celui-ci sera tenu d'admettre les nouveaux saisissants au partage de son propre dividende, il aura le droit de réclamer du cessionnaire, qui n'est à son égard qu'un créancier opposant, la bonification de la différence en moins entre la somme qu'il recevra par suite de ce partage, et celle qu'il aurait obtenue si la totalité de la créance avait été proportionnellement répartie entre lui, le cessionnaire et les nouveaux saisissants. Ainsi, en supposant qu'une créance de 3,000 fr., cédée à *Secundus*, ait été frappée par *Primus* de saisie-arrêt pour 1,500 fr., avant toute acceptation ou notification du transport, et que, postérieurement à l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces conditions, *Tertius* ait pratiqué une nouvelle saisie-arrêt pour pareille somme de 1,500 fr., on fera provisoirement abstraction de cette seconde saisie, et on partagera la créance de 3,000 fr. entre le premier saisissant et le cessionnaire, au prorata du montant respectif de leurs droits, de sorte que *Secundus* recevra 2,000 fr. et *Primus* 1,000 fr. Les 1,000 fr. avenant à *Primus* d'après ce premier partage, devant être répartis à nouveau entre lui et *Secundus*, il se trouvera réduit à 500 fr., tandis qu'il en aurait obtenu 750 si la totalité de la créance de 3,000 fr. avait été distribuée entre les trois intéressés. *Primus* éprouve donc une perte de 250 fr., et c'est cette somme que *Secundus* doit lui bonifier[44].

[42] La raison en est qu'une saisie-arrêt ne forme par elle-même aucun obstacle à d'ultérieures oppositions, même pour des créances qui n'auraient pris naissance qu'après cette saisie-arrêt.

[43] Req. rej., 9 décembre 1867, Sir., 68, 1, 21.

[44] Les nombreux systèmes qui se sont produits à l'occasion de la question résolue au texte, peuvent, sauf quelques nuances de détail, se ramener à trois principaux. Dans le premier système, on place sur la même ligne le cession-

5° *Des droits et avantages qui passent au cessionnaire, et des exceptions qui peuvent lui être opposées.*

Par l'effet même de la cession, les droits résultant de la créance cédée passent du cédant au cessionnaire, avec tous les accessoires

naire et les saisissants antérieurs ou postérieurs à la signification du transport, en considérant le cessionnaire comme un simple opposant, tant à l'égard des seconds saisissants qu'à l'égard des premiers, et on répartit entre tous le montant de la créance, au marc le franc de leurs prétentions respectives. Paris, 14 janvier 1814, Sir., 14, 2, 95. Paris, 20 mars 1820, Sir., 23, 2, 47. Cette première solution doit être rejetée. Si une saisie-arrêt place tout entière sous la main de la justice la créance saisie-arrêtée, et si, par suite, la signification ultérieure d'un transport ne peut valoir que comme opposition au regard du saisissant, cela n'empêche pas que cette signification ne produise tout son effet et ne saisisse le cessionnaire vis-à-vis des saisissants postérieurs, qui ne sauraient être admis à se prévaloir de la première saisie, pour se placer à l'encontre de ce dernier, dans la même situation que le premier saisissant. Civ. cass., 25 août 1869, Sir., 69, 1, 424. Le second système écarte complétement les saisissants postérieurs à la signification du transport, et leur refuse le droit de concourir même avec le premier saisissant. Duranton, XVI, 501. Troplong, II, 927. Duvergier, II, 201. Aix, 21 mars 1844, Dalloz, *Rép.*, v° Saisie-arrêt, n° 429 à la note. Orléans, 11 mai 1859, Sir., 59, 2, 534. Voy. aussi : Delvincourt, III, p. 169 ; Villequez, *op. cit.*, p. 489 et suiv. Cette solution doit être écartée comme contraire à la règle *Main de justice ne dessaisit et ne saisit personne*, et comme tendant à faire revivre, en faveur du premier saisissant, un droit de préférence incompatible avec la disposition de l'art. 2093. Le troisième système est celui que nous avons exposé au texte. Il se justifie, d'une part, par le double motif que la signification du transport opère saisine au regard des saisissants postérieurs, et ne vaut que comme simple opposition vis-à-vis du premier saisissant, d'autre part, par la considération que si celui-ci ne jouit d'aucun droit de préférence dans ses rapports avec les derniers saisissants, il doit, en ce qui concerne le cessionnaire, obtenir tout ce que lui aurait donné une répartition au marc le franc de la créance entière. Ce dernier système est celui en faveur duquel se prononce de plus en plus la jurisprudence. Pau, 12 avril 1832, Sir., 35, 1, 222. Paris, 30 mai 1835, Sir., 35, 2, 385. Paris, 9 février 1837. Sir., 37, 2, 262. Paris, 18 mars 1839, Sir., 39, 2, 182. Paris, 26 juillet 1843, Sir., 43, 2, 523. Req. rej., 18 juillet 1843, Sir., 43, 1, 908. Riom, 23 janvier 1862, Sir., 62, 2, 530. Cpr. en sens divers : Marcadé, sur l'art. 1691, n° 3 ; Colmet d'Aage, *Procédure civile*, II, 833 ; Dard, *Des saisies-arrêts et de leurs effets*, Paris, 1836, broch. in-8° ; Roger, *De la saisie-arrêt*, n°s 247 à 251 ; Mourlon, *Revue de droit français et étranger*, 1848, V, p. 161 ; Vielle, *Revue critique*, 1853, III, p. 113 ; Flamm, *Revue critique*, 1854, IV, p. 337 ; Barilliet, *Revue pratique*, 1862, XIII, p. 49 ; Mersier, *Revue pratique*, 1867, XXIII, p. 334 ; Guadeloupe, 16 mai 1851, Sir., 51, 2, 801.

qui y sont attachés, tels que cautionnements, priviléges et hypothèques. Art. 1692. Le cessionnaire profite aussi des avantages que peut donner, pour la poursuite de la créance, la forme exécutoire de l'acte qui la constate, alors même que la cession serait sous seing privé [45]. Enfin, il est autorisé à exercer tous les droits à l'aide desquels le cédant aurait pu faire valoir la créance, comme par exemple, la contrainte par corps et l'action en résolution pour défaut de paiement d'un prix de vente [46].

Toutefois, le cessionnaire n'entre pas, même quant à la créance cédée et aux moyens de la faire valoir, d'une manière tellement absolue dans la place du cédant, qu'il soit autorisé à se prévaloir des avantages attachés à la condition personnelle de ce dernier, et qu'on doive, en sens inverse, lui refuser la faculté d'invoquer, en vertu de sa condition personnelle, des bénéfices dont ne jouissait pas le cédant. La substitution d'un nouveau créancier à l'ancien peut, à ce double point de vue, apporter certaines modifications aux droits des parties. C'est ainsi qu'en cas de cession à un majeur d'une créance due à un mineur, la prescription, qui était suspendue au profit du cédant, reprendra immédiatement son cours au détriment du cessionnaire; et que, *vice versa*, la prescription qui courait contre le cédant majeur sera suspendue en faveur du cessionnaire mineur [47]. C'est ainsi encore que le cessionnaire pourra, à raison de ses liens de parenté avec le débiteur cédé, se trouver privé de la contrainte par corps qu'aurait pu exercer le cédant, et que, réciproquement, il sera autorisé à recourir à cette voie de contrainte si les rapports de parenté qui y auraient mis obstacle de la part du cédant n'existent pas entre lui et le débiteur cédé [48].

[45] C'est ainsi que le cessionnaire d'une créance constatée par un acte authentique et exécutoire, peut poursuivre l'expropriation du débiteur, bien que la cession ne soit que sous seing privé. Zachariæ, § 359, texte et note 19. Nîmes, 2 juillet 1808, Sir., 9, 2, 61.

[46] Troplong, II, 916. Duvergier, II, 222. Pont, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 108 à 110. Cpr. Poitiers, 13 mai 1846, Sir., 47, 2, 416 ; Civ. rej., 15 juin 1864, Sir., 64, 1, 497. — Voy. sur l'exercice du droit de résolution, par le cessionnaire de partie seulement du prix de vente : § 356, texte n° 3 et note 27.

[47] Bodin, *Revue pratique*, 1858, V, p. 147. Mourlon, *Revue pratique*, 1863, XV, p. 116 à 119, nos 31 à 34.

[48] Cette dernière proposition est généralement admise en matière de cession, par voie d'endossement, de billets négociables. Coin-Delisle, *De la contrainte par*

D'un autre côté, le cessionnaire, quoique subrogé au cédant, relativement à la créance cédée et aux moyens de la faire valoir, ne jouit pas, pour cela, de tous les droits et actions qui compétaient au cédant, au sujet et en vertu de la convention ou de l'acte d'où la créance cédée dérive. Ainsi, il n'est pas, à moins de stipulations particulières, admis à former les actions en nullité ou en rescision, ni même toutes les actions en résolution que le cédant aurait pu intenter. En particulier, le cessionnaire du prix d'une vente faite avec clause de retrait ne peut, à moins d'une cession spéciale de la faculté de retrait, exercer cette faculté [49].

Si, par l'effet de la cession, la créance cédée est transmise au cessionnaire avec tous ses avantages, elle ne lui passe également que telle qu'elle existe au moment du transport, de sorte que le

corps, p. 103. Bourges, 8 mai 1837, Sir., 37, 2, 398. Paris, 1er avril 1840 et 3 mars 1842, Sir., 42, 2, 451. Mais elle a été contestée pour les cessions ordinaires. Limoges, 19 juillet 1854, Sir., 54, 2, 759. Voy. dans le sens de notre opinion : Bodin, *op. cit.*, p. 157 ; Mourlon, *op. cit.*, p. 119 et 120, nº 35 et 36. Cpr. aussi : § 748 *bis*, texte nº 1.

[49] MM. Troplong (II, 916), Duvergier (II, 222), et Zachariæ (§ 359, texte et note 21) professent une doctrine contraire à celle qui est émise au texte. L'erreur dans laquelle ils nous paraissent être tombés, provient de ce qu'ils ont confondu la question spéciale de savoir si le cessionnaire d'un prix de vente peut, en cette qualité, provoquer la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, avec la question générale de savoir si le cessionnaire d'une créance quelconque a qualité pour provoquer la nullité, la rescision, ou la résolution de la convention ou de l'acte d'où résulte la créance. Si le cessionnaire d'un prix de vente peut, indépendamment de toute stipulation à ce sujet, provoquer la résolution de la vente pour défaut de paiement, c'est parce que cette action est un moyen de faire valoir la créance, qu'elle forme, par conséquent, un accessoire de celle-ci, et se trouve ainsi virtuellement comprise dans la cession. Art. 1692. Or, ces motifs ne s'appliquent, ni aux autres actions en résolution, ni aux actions en nullité ou en rescision. Les auteurs que nous combattons, n'ont pas, d'ailleurs, assez soigneusement distingué l'hypothèse d'une cession ayant pour objet une créance ou un droit déterminé, d'avec l'hypothèse d'une cession générale comprenant tous les droits et actions qui appartiennent au cédant, en vertu de telle qualité ou de tel acte. Or, il est bien entendu que, lorsqu'il s'agit d'une cession de la dernière espèce, il appartient aux tribunaux de décider, par appréciation des termes de l'acte de transport et de la commune intention des parties, si les actions en nullité et en rescision sont ou non comprises dans la cession. Voy. en ce sens sur ce dernier point : Duranton, XVI, 508 ; Req. rej., 22 juin 1830, Sir., 30, 1, 400. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 170 ; Limoges, 27 novembre 1811, Sir., 14, 2, 103.

débiteur n'en est tenu envers lui que dans la mesure de son obligation envers le cédant. Le débiteur peut donc opposer au cessionnaire toutes les exceptions, personnelles ou réelles, qu'il eût pu faire valoir contre le cédant[50], et notamment l'exception tirée de la nullité d'un traité secret en matière de cession d'office[51], celle d'imputation d'intérêts usuraires et celle de réduction du prix d'un office ministériel ou d'un fonds de commerce[52].

Le débiteur cédé conserve le droit de faire valoir contre le cessionnaire les exceptions qui lui compètent, bien qu'il n'ait fait aucune réserve à cet égard lors de la signification du transport.

Il y a mieux, l'acceptation pure et simple de la cession ne lui enlève même pas le droit de faire valoir les exceptions qui lui appartiennent, autres toutefois que celle de compensation[53]. Seulement, pourrait-il être condamné à réparer le préjudice causé au cessionnaire par son acceptation[54], si, d'après les circonstances, elle devait être considérée comme constituant de sa part une faute ou une grave imprudence[55].

[50] Cpr. Req. rej., 20 août 1862, Sir., 63, 1, 303 ; Req. rej., 9 janvier 1867, Sir., 67, 1, 445. — Faut-il aller plus loin, et reconnaître au débiteur cédé le droit d'exercer contre le cessionnaire qu'il a désintéressé, les actions en répétition qu'il eût pu former contre le cédant, s'il avait payé entre ses mains ? Voy. § 442.

[51] Req. rej., 7 mars 1842, Sir., 42, 1, 196. Lyon, 21 janvier 1847, Sir., 47, 2, 230. Rennes, 9 avril 1851, Sir., 52, 2, 261. Bordeaux, 9 novembre 1863, Sir., 64, 2, 115.

[52] Voy. sur ces derniers points : Civ. rej., 2 août 1847, Sir., 47, 1, 705 ; Civ. cass., 2 mai 1853, Sir., 53, 1, 411 ; Req. rej., 19 juillet 1869, Sir., 69, 1, 370.

[53] L'acceptation de la cession, dont l'objet est de saisir le cessionnaire à l'égard des tiers, n'emporte, de sa nature, aucun engagement personnel de la part du débiteur cédé. La disposition de l'art. 1295, qui y attache une présomption de renonciation à l'exception de compensation, n'est donc pas susceptible d'être étendue aux autres exceptions que le débiteur cédé peut avoir à faire valoir. Voyez les arrêts cités à la note précédente.

[54] L'acceptation du transport pourrait être envisagée comme ayant causé préjudice au cessionnaire, s'il n'avait payé son prix que sur le vu de cette acceptation, et si le cédant n'était plus solvable au moment où le débiteur cédé propose son exception. Cpr. Req. rej., 20 août 1862, Sir., 63, 1, 303.

[55] Art. 1382 et 1383. C'est ce qui aurait lieu par exemple dans le cas où le débiteur d'une dette de jeu ou d'intérêts usuraires, après avoir souscrit une reconnaissance causée pour argent prêté, accepterait purement et simplement la cession de la créance constatée par cette reconnaissance.

Que si, s'agissant d'une dette dont le paiement entre les mains du cédant n'aurait donné lieu à aucune action en répétition contre ce dernier, le débiteur cédé avait, en connaissance de cause, pris envers le cessionnaire l'engagement personnel de l'acquitter, il ne serait plus admis à faire valoir contre celui-ci, les exceptions qu'il eût pu opposer au cédant [56].

D'un autre côté, et quelle que soit la nature de la dette, le débiteur cédé, qui a consenti à souscrire des effets à ordre avec indication d'une cause en apparence légitime, se trouve, par cela même, privé du droit d'opposer au tiers porteur de bonne foi les exceptions qu'il eût été fondé à faire valoir contre le cédant [57].

La règle que le débiteur cédé peut invoquer contre le cessionnaire toutes les exceptions qui lui compètent contre le cédant, ne saurait s'appliquer, en cas de cession du prix stipulé dans un traité ostensible, portant vente d'un office ministériel, à l'exception de compensation que le débiteur cédé voudrait tirer des paiements effectués en vertu d'un traité secret [58].

Du reste, le débiteur cédé qui, dans l'une ou l'autre des hypothèses ci-dessus indiquées, se trouverait privé du droit d'opposer au cessionnaire, les exceptions qu'il eût pu invoquer

[56] Dans l'hypothèse indiquée au texte, l'engagement personnel pris par le débiteur cédé, constitue de sa part, au regard du cessionnaire de bonne foi, une renonciation valable aux exceptions qui lui compétaient contre le cédant. Civ. rej., 19 avril 1854, Sir., 56, 1, 160. Cpr. Req. rej., 7 juillet 1857, Sir., 57, 1, 734. Mais il n'en serait plus de même, s'il était question d'une dette dont le paiement entre les mains du cédant eût ouvert contre lui une action en répétition. Dans ce cas, l'engagement personnel pris par le débiteur cédé envers le cessionnaire, serait destitué d'une cause juridiquement suffisante, comme l'aurait été le paiement fait au cédant.

[57] Les effets négociables devant faire office de monnaie, on ne saurait admettre que le paiement puisse en être arrêté, au détriment d'un tiers porteur de bonne foi, par des exceptions tirées de la cause réelle de la dette. Troplong, *Des contrats aléatoires*, n° 196. Pont, *Des petits contrats*, I, 641. Paris, 28 janvier 1853, Sir., 53, 2, 231. Paris, 27 novembre 1858, Sir., 59, 2, 88. Cpr. Civ. cass., 12 avril 1854, Sir., 54, 1, 313.

[58] La raison en est que les paiements faits en vertu du traité secret, qui est une véritable contre-lettre, ne peuvent pas plus être opposés aux tiers de bonne foi, que la contre-lettre elle-même. Art. 1321. Req. rej., 26 décembre 1848, Sir., 49, 1, 29. Paris, 22 mars 1859, Sir., 59, 2, 431. Req. rej., 12 décembre 1859, Sir., 60, 1, 129.

vis-à-vis du cédant, jouit contre ce dernier d'un recours en indemnité[59].

6° De la garantie due par le cédant.

Le cédant est, indépendamment de toute convention spéciale, tenu de garantir l'existence et la légitimité de la créance, ainsi que son droit de propriété au moment du transport[60]. Il y a donc lieu à garantie, non-seulement dans le cas où la créance cédée se trouvait déjà, au moment du transport, soit frappée de prescription, soit éteinte par compensation[61], ou tout autre mode de libération, et dans celui où elle n'appartenait pas au cédant, mais encore lorsque le titre dont elle procède vient à être annulé ou rescindé[62]. Art. 1693.

Cette garantie, qu'on appelle garantie de droit, parce qu'elle découle de la nature même du transport, s'étend aux sûretés et accessoires indiqués comme indépendants de la créance et comme compris dans la cession[63].

Elle oblige le cédant à restituer au cessionnaire le prix de la cession, à lui rembourser les frais et loyaux coûts de l'acte de transport, à lui bonifier, s'il y a lieu, les intérêts du prix de la cession[64], enfin à l'indemniser de toutes autres pertes que le transport peut lui avoir occasionnées. Mais le cessionnaire n'a pas droit à la bonification de la différence existant entre la valeur nominale de la créance cédée et le prix de cession[65].

Les parties peuvent, en matière de cession, comme en matière

59 Civ. cass., 12 avril 1854, Sir., 54, 1, 313. Civ. rej., 4 décembre 1854, Sir., 54, 1, 763. Paris, 27 novembre 1858, Sir., 59, 2, 88.

60 L'art. 1693, en parlant de l'*existence* de la créance, a entendu comprendre sous cette expression, tant le droit de propriété du cédant et la légitimité de la créance, que son existence proprement dite. Cpr. Duvergier, II, 247 et suiv.

61 Civ. cass., 6 octobre 1807, Sir., 7, 1, 540.

62 Req. rej., 19 février 1861, Sir., 62, 1, 504.

63 Troplong, II, 933. Duvergier, II, 252 et suiv. Merville, *Revue pratique*, 1857, IV, p. 401. Civ. cass., 10 février 1857, Sir., 57, 1, 602. Orléans, 23 juillet 1857, Sir., 60, 1, 750. Cpr. Civ. rej., 10 juillet 1839, Sir., 39, 1, 556; Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 471.

64 Arg. art. 1630, Req. rej., 29 juillet 1858, Sir., 60, 1, 750. Cpr. Req. rej., 27 mars 1833, Sir., 33, 1, 262.

65 Duranton, XVI, 512. Troplong, II, 943. Duvergier, II, 263.

de vente, restreindre ou écarter entièrement l'obligation de garantie. Arg. art. 1627.

La clause de non-garantie affranchit bien le cédant de toute bonification qui ne pourrait être réclamée qu'à titre de dommages-intérêts; mais elle ne le dispense pas de la restitution du prix, à moins que, la créance ayant été cédée comme litigieuse, le cessionnaire ne l'ait prise à ses risques et périls [66] ou n'ait connu, au moment de la cession, les chances qu'il courait [67]. Arg. art. 1629. Du reste, la clause de non garantie ne s'applique pas aux faits personnels du cédant [68].

La clause par laquelle le cédant déclare ne garantir que ses faits personnels équivaut à une clause de non-garantie, mais ne produit pas des effets plus étendus [69].

Le cédant ne répond pas, de plein droit, de la solvabilité du débiteur cédé. *Præstat veritatem, non bonitatem nominis*. Art. 1694. Mais il peut s'y engager par une clause spéciale. La clause de garantie de la solvabilité du débiteur ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas, sauf stipulation contraire, à la solvabilité future. Art. 1695.

Les clauses qu'on rencontre d'ordinaire dans les actes de transport sont les suivantes :

a. La clause pure et simple de *garantie*. Une pareille clause n'ajoute, en général, rien à l'obligation de garantie, telle qu'elle est établie par la loi, et ne soumet pas, par conséquent, le cédant à répondre de la solvabilité du débiteur, à moins que le contraire ne doive s'induire des circonstances et des termes de l'acte de transport [70].

[66] Req. rej., 9 mars 1837, Sir., 37, 1, 309. Req. rej., 5 juin 1837, Sir., 37, 1, 765. Cpr. Civ. cass., 21 novembre 1825 et 9 février 1830, Sir., 26, 1, 86 et 30, 1, 168 ; Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 56, 1, 734.

[67] Arg. art. 1628. Req. rej., 4 août 1864, Sir., 64, 1, 401.

[68] Duranton, XVI, 541. Troplong, II, 936 et 937. Duvergier, II, 267 et suiv. Req. rej., 16 juillet 1828, Sir., 29, 1, 112. Req. rej., 7 juillet 1851, Sir., 51, 1, 471.

[69] Paris, 26 novembre 1836, Sir., 37, 2, 34.

[70] MM. Troplong (II, 938) et Duvergier (II, 272), adoptant le sentiment de Loyseau, considèrent la clause pure et simple de garantie comme emportant, par elle-même et toujours, obligation de répondre de la solvabilité actuelle du débiteur. Nous croyons devoir rejeter cette manière de voir. La clause pure et simple de garantie laisse tout au moins un doute sur le point de savoir si les

b. La clause de *garantie de fait.* Elle soumet le cédant à l'obligation de répondre de la solvabilité actuelle du débiteur.

c. La clause de *garantie de tous troubles et empêchements quelconques*, à laquelle on attribue le même effet qu'à la clause précédente [71].

d. Enfin, la promesse *de fournir et faire valoir.* Elle emporte garantie de la solvabilité actuelle et de la solvabilité future du débiteur [72].

Les clauses qui ont pour objet de garantir la solvabilité, actuelle ou future, du débiteur cédé, n'engagent le cédant que jusqu'à concurrence du prix qu'il a reçu, et ne le soumettent à aucuns dommages-intérêts. Art. 1694.

Le cessionnaire ne peut, en vertu de pareilles clauses, recourir contre le cédant, qu'après avoir discuté le débiteur, les cautions fournies, et les hypothèques établies pour sûreté de la créance [73]. Mais si le cédant avait pris l'engagement de payer lui-même, sans poursuites contre le débiteur, ou après un simple commandement resté sans effet, il serait, comme obligé personnel, tenu au paiement de l'intégralité de la créance, et ne pourrait exiger aucune discussion préalable [74].

Le cessionnaire perd tout droit à la garantie de la solvabilité actuelle ou future du débiteur, lorsqu'à défaut de mesures conservatoires, il laisse périr, soit la créance elle-même, soit les sûretés qui y étaient attachées [75].

parties ont ou non entendu étendre la garantie telle qu'elle se trouve établie par la loi ; et ce doute doit, par application de l'art. 1162, se résoudre en faveur du cédant, lorsque les termes de l'acte de transport et les circonstances de la cause ne fournissent aucun moyen de déterminer la véritable intention des parties. En vain se prévaudrait-on de l'art. 1602, qui ne s'applique pas aux clauses particulières que l'acheteur ou le cessionnaire peut avoir stipulées dans son intérêt. Cpr. § 353, note 2. Vainement aussi invoquerait-on l'art. 1157, pour dire que la simple clause de garantie, entendue comme nous le faisons, ne produirait aucun effet. Cette argumentation ne nous paraît pas concluante, puisqu'elle conduirait, dans beaucoup de cas analogues, à des conséquences inadmissibles.

[71] Troplong et Duvergier, *locc. citt.*

[72] Troplong, II, 939. Duvergier, II, 273.

[73] Turin, 7 mars 1810, Sir., 10, 2, 335. Cpr. Bordeaux, 2 juillet 1813, Sir., 15, 2, 11.

[74] Troplong, II, 944 et 949. Duvergier, II, 280.

[75] Troplong, II, 941. Duvergier, II, 275 et suiv. Req. rej., 30 mai 1826, Sir., 27, 1, 215. — Cette proposition s'appliquerait-elle au cas où le cédant se

La prorogation de terme, accordée au débiteur par le cessionnaire, lui fait également perdre son recours contre le cédant [76], à moins qu'il ne soit établi que le débiteur n'était déjà plus solvable à l'époque de l'exigibilité de la créance.

L'action en garantie compétant au cessionnaire ne se prescrit que par 30 ans ; et la prescription ne commence à courir que du jour de l'exigibilité de la créance, peu importe qu'il s'agisse de garantie de droit ou de garantie de fait [77].

7° Du concours d'un cessionnaire partiel et du cédant : et de celui de plusieurs cessionnaires successifs de la même créance.

En cas de cession partielle d'une créance, le cédant ne jouit, pour ce qui lui reste dû, d'aucune préférence sur le cessionnaire [78].

Réciproquement, le cessionnaire partiel d'une créance ne jouit, en principe, d'aucune préférence sur le cédant [79].

Il en serait toutefois autrement, non-seulement dans l'hypothèse où le cédant aurait expressément accordé la priorité au cessionnaire, mais encore dans le cas où par suite, soit de l'engagement

serait engagé à payer lui-même ? M. Troplong (II, 944) résout la question négativement. Mais cette solution nous paraît devoir être rejetée, du moins dans l'hypothèse où les actes constatant la créance ont été remis au cessionnaire. Arg. art. 2080, al. 1er.

[76] *Non obstat* art. 2039 : *Non est eadem ratio.* Paris, 27 mars 1817, Sir., 18, 2, 57. Paris, 18 mars 1836, Sir., 36, 2, 271.

[77] Art. 2262 et 2257. *Non obstat* art. 886. Cet article, qui ne concerne que la garantie en matière de partage, et dont les dispositions sont exorbitantes du Droit commun, ne saurait être étendu à la garantie en matière de cession. Cpr. § 625 *in fine.* Delvincourt, III, p. 173.

[78] La seconde disposition de l'art. 1252, exclusivement relative à la subrogation, ne saurait être étendue à la cession. Voy. les autorités citées à la note 26 du § 321.

[79] Mourlon, *Des subrogations personnelles*, p. 21 à 27. Pont, *Des priviléges et des hypothèques*, I, 239. Voy. en sens contraire : Troplong, *Des priviléges et des hypothèques*, I, 367 ; Grenier, *Des priviléges et des hypothèques*, I, 93 ; Zachariæ, § 288, texte et note 6. Cpr. aussi : Bordeaux, 3 février 1831, Sir., 31, 2, 141. Dans ce dernier système, on confond évidemment la garantie de l'existence ou de légitimité de la créance avec celle de la solvabilité du débiteur. Si, en matière de cession de créances, la première de ces garanties a lieu de plein droit, il en est autrement de la seconde, qui ne peut être due, que la cession soit intégrale ou partielle, qu'en vertu d'une promesse formelle. Art. 1693 et 1694.

de payer à défaut du débiteur cédé, soit de la garantie de la solvabilité actuelle et future de ce dernier, il devrait être considéré comme ayant virtuellement concédé cette priorité[80].

En cas de concours entre différents cessionnaires successifs de portions d'une même créance, ceux dont les titres sont antérieurs ne jouissent, à raison de cette seule circonstance, d'aucun droit de préférence, de sorte qu'ils doivent tous être colloqués par contribution au marc le franc de leurs prétentions respectives[81].

Cette règle reçoit cependant exception, lorsque par l'acte même de cession, le cédant a expressément ou virtuellement accordé, à un ou plusieurs des cessionnaires successifs, la priorité sur lui-même. Dans ce cas, les cessionnaires qui ont obtenu cet avantage, et qui d'un autre côté ont fait signifier ou accepter leur transport, l'emporteront sur les cessionnaires postérieurs auxquels il n'a pas été accordé; et la préférence entre ceux qui l'ont obtenu se réglera par l'antériorité de la signification ou de l'acceptation de leurs transports respectifs[82].

[80] Nous ne comprendrions pas comment le cédant, qui a pris l'engagement de payer à défaut du débiteur, ou qui a garanti la solvabilité actuelle et future de celui-ci, pourrait contester au cessionnaire la préférence sur lui-même.

[81] Ce principe est généralement admis. Grenier, *Des hypothèques*, II, 297 *in fine* et 389. Favard, *Rép.*, v° Privilége, sect. V, § 13. Troplong, *Des priviléges et des hypothèques*, II, 366. Pont, *Des priviléges et des hypothèques*, n° 239. Civ. cass., 4 août 1817, Sir., 17, 1, 373. Civ. cass., 20 mai 1866, Sir., 66, 1, 393. Voy. cep. en sens contraire : Zachariæ, § 288, texte et note 7. Cet auteur observe avec raison, d'une part, que les art. 2097 et 2112, ordinairement invoqués à l'appui de la proposition énoncée au texte, sont étrangers à la question, et que, d'autre part, les auteurs qui admettent avec lui que le cessionnaire partiel doit être préféré au cédant, ne sont pas conséquents avec eux-mêmes et s'écartent du principe que nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même, en refusant aux cessionnaires antérieurs la priorité sur les cessionnaires postérieurs. Mais, ainsi que nous l'avons précédemment établi, le point de départ de son opinion est inexact.

[82] Ces propositions ne sont que des applications de la règle *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet.* Le cédant qui a accordé à un cessionnaire partiel la priorité sur lui-même, ne peut plus transmettre le surplus de cette créance que sous la charge de cette priorité, qui constitue, pour le premier cessionnaire, un droit acquis, dont il a été saisi, vis-à-vis de tous cessionnaires postérieurs, par la signification ou l'acceptation de son transport. C'est aussi ce qu'a jugé l'arrêt de la Chambre des requêtes du 20 novembre 1865 (Sir., 66, 1, 201), dont la véritable signification n'a pas été saisie par le rédacteur de la note qui l'accompagne. Voy. dans le même sens : Pont, *op. et loc. citt.* ; Paris, 17 avril

§ 359. *ter.*

De la cession de droits successifs (vente d'une hérédité).

Celui qui est, ou qui se croit appelé à une succession, peut, ou céder, comme lui étant réellement dévolue, l'hérédité à laquelle il déclare être appelé, ou se borner à transférer les prétentions, bien ou mal fondées, qu'il croit avoir sur cette hérédité[1]. Ces deux espèces de cessions, dont les effets sont en général les mêmes, diffèrent cependant en ce que la seconde, n'ayant pour objet que des prétentions plus ou moins incertaines, ne donne point, lorsque ces prétentions sont reconnues mal fondées, ouverture à garantie contre le cédant[2], à moins qu'il n'ait positivement su, au moment de la cession, qu'il n'avait aucun droit à l'hérédité[3].

La cession de droits successifs ou la vente d'une hérédité ? porte

1834, Sir., 34, 2, 305. Cpr. aussi : Nancy, 9 mars 1858, Sir., 58, 2, 369. Cette Cour n'admet pas que la promesse de garantir la solvabilité actuelle et future du débiteur, soit, en ce qui concerne les rapports de différents cessionnaires successifs, équivalente à une cession expresse de priorité. Selon elle, une pareille promesse ne conférerait au cessionnaire que le droit de gage général établi par l'art. 2092, et ne lui assurerait aucun droit spécial de préférence sur la créance cédée. Cette manière de voir doit être écartée. Si, comme nous l'avons fait remarquer (note 80 *supra*), la garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur cédé assure incontestablement au cessionnaire la préférence sur le cédant, elle doit également la lui conférer à l'encontre des cessionnaires postérieurs, qui ne peuvent pas avoir plus de droits que leur auteur. Nous ajouterons que la Cour de Nancy a commis une seconde erreur, en accordant à un cessionnaire postérieur, au profit duquel le cédant avait expressément consenti la priorité, la préférence sur un cessionnaire antérieur, qui n'avait obtenu que la promesse de garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur. A supposer, en effet, que cette promesse ne lui eût pas été donnée, il aurait toujours eu le droit de concourir avec le cédant, qui ne pouvait le priver de cet avantage au profit d'un cessionnaire postérieur.

[1] Toute cession ayant une hérédité pour objet doit, en général, être considérée comme une cession de droits successifs, à moins qu'il ne soit clairement établi que les parties n'ont entendu transférer et acquérir que les prétentions du cédant à l'hérédité.

[2] Pothier, n° 529. Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 2. Favard, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 2. Duranton, XVI, 520. Troplong, II, 957. Zachariæ, § 359, texte et note 27.

[3] Il y a dol à vendre, même comme incertain, un droit que l'on sait ne pas exister. L. 12, D. *de hered. vend.* (18, 4). Troplong, II, 958. Duvergier, II, 312.

bien moins sur les objets individuellement envisagés qui dépendent de la succession, que sur l'hérédité elle-même, considérée comme universalité juridique (*Universum jus defuncti*). Elle est régie par les règles suivantes[4] :

1° La vente d'une hérédité comprend tout ce qui est provenu de l'hérédité vendue, et tout ce qui peut en provenir par la suite. Le vendeur doit donc, à moins de réserves expresses, délivrer à l'acheteur, non-seulement les objets qu'il détenait réellement au moment de la vente, ou auxquels il avait droit en qualité d'héritier, mais encore les fruits et revenus qu'il a perçus antérieurement à la cession, le montant des capitaux qu'il a touchés, le prix des immeubles qu'il a aliénés, ainsi que la valeur des choses qu'il a consommées pour son usage, ou dont il a disposé à titre gratuit[5]. Art. 1697 et arg. de cet art.

2° Les dettes et charges de la succession en suivent l'émolument. L'acheteur est donc tenu d'indemniser le vendeur de tout ce que celui-ci a payé ou pourra être obligé de payer en qualité d'héritier, sans cependant qu'il ait à lui rembourser ce qu'il aurait payé indûment et par erreur[6]. Art. 1698.

3° La vente d'une hérédité fait cesser, entre les parties[7], les effets de la confusion qui s'était opérée au profit de l'héritier vendeur, ou à son préjudice. Ainsi, ce dernier est obligé de payer à l'acquéreur ce qu'il devait au défunt, et de souffrir l'exercice des servitudes dont ses héritages propres étaient grevés au profit d'héritages appartenant au défunt. Réciproquement, l'héritier vendeur peut réclamer de l'acquéreur le paiement de ses créances

[4] Comme la plupart des dispositions du Droit romain sur la vente d'une hérédité sont puisées dans la nature même de cette convention, on peut y avoir recours pour l'interprétation du Code Napoléon. Cpr. D. *de hered. vend.* (18, 4) ; C. *eod. tit.* (4, 39). Zachariæ, § 359, note 28.

[5] Duranton, XVI, 522. Troplong, II, 967. Zachariæ, § 359, texte II, *ad* art. 1697. Voy. cep. Duvergier, II, 324.

[6] L. 2, §§ 1 et 7, D. *de hered. vend.* (18, 4). L. 2, C. *eod. tit.* (4, 39). Pothier, n° 545. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 873, n° 19. Duranton, XVI, 523. — M. Duvergier (II, 347) pense, mais à tort selon nous, que l'héritier vendeur peut même répéter, contre l'acquéreur, ce qu'il a payé par erreur.

[7] Nous disons *entre les parties*, car les droits éteints par la confusion ne revivent pas, au préjudice des tiers, par la vente de l'hérédité. Arg. art. 1263 et 1299. Delvincourt, III, p. 175. Duranton, XII, 487 et XVI, 526. Duvergier, II, 346. Colmet de Santerre, V, 255 *bis*, III. Zachariæ, § 359, note 29.

contre le défunt, et exercer les servitudes établies, en faveur d'héritages à lui appartenants, sur des héritages de ce dernier[8]. Art. 1698 et arg. de cet art.

4° Bien que la vente d'une hérédité porte sur l'hérédité comme telle, l'intention présumée des parties n'en conduit pas moins à reconnaître que l'étendue de l'obligation de délivrance, en ce qui concerne les objets héréditaires encore existants, doit se déterminer d'après les règles ordinaires de la vente, et conformément à l'art. 1614.

Il en résulte, d'une part, que l'acquéreur profite des améliorations faites avant cette époque par le vendeur, d'autre part, que l'acquéreur n'a pas de recours à exercer contre le vendeur à raison des détériorations occasionnées, avant la même époque, par la faute de ce dernier, lorsqu'il n'en a tiré aucun profit personnel. A plus forte raison, ne peut-il pas réclamer d'indemnité pour les pertes résultant, soit des actes d'administration faits par le vendeur, soit des aliénations ou des transactions par lui consenties[9].

D'un autre côté, la cession d'une part héréditaire ne donne droit aux objets composant la succession, que dans la proportion de la part aliquote pour laquelle les parties ont dû croire que le vendeur était appelé à l'hérédité. L'acquéreur ne peut donc, à moins de convention contraire, réclamer la part d'un cohéritier du vendeur, échue à celui-ci, par droit d'accroissement, depuis la cession, ou même antérieurement, mais à l'insu des parties[10].

5° La vente d'une hérédité ne fait point passer à l'acheteur la

[8] L. 2, §§ 18 et 19, *de hered. vend.* (18, 4). Cpr. § 255, texte B, n° 1. Pothier, n° 538. Troplong, II, 970 et 971. Duvergier, II, 344 et suiv. Colmet de Santerre et Zachariæ, *locc. citt.*

[9] Troplong, II, 964, 965 et 968. Duvergier, II, 324 à 327 et 335. Duranton, XVI, 522. — L'héritier vendeur serait-il du moins responsable des pertes occasionnées par sa faute grave ? M. Troplong (II, 966) décide cette question affirmativement, en se fondant sur la L. 2, § 5, D. *de hered. vend.* (18, 4). Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 174 et 175 ; Duvergier, II, 326. L'opinion de ces derniers auteurs nous paraît préférable, du moins en thèse générale.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 6. Delvincourt, III, 175. Favard, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 7. Troplong, II, 971. Duvergier, II, 339. Zachariæ, § 359, texte et note 32. Cependant, on pourrait, selon les circonstances, admettre le contraire, si l'héritier, au lieu de vendre nominativement sa part héréditaire, avait vendu tous ses droits successifs. Merlin, *loc. cit.* Duranton, XVI, 524. Troplong, II, 972. Duvergier, II, 339.

qualité d'héritier. Le vendeur conserve toujours cette qualité vis-à-vis des tiers, qui peuvent, malgré la vente, continuer à exercer contre lui tous les droits qui leur compètent[11] : *Qui semel hæres, semper hæres.*

6° Le vendeur de droits successifs est, de plein droit, tenu de garantir sa qualité d'héritier, ou, en d'autres termes, la possession paisible de l'hérédité envisagée comme universalité juridique. Mais il ne répond pas de l'éviction d'objets particuliers qui auraient été considérés comme dépendants de la succession, à moins que ces objets n'aient été spécialement indiqués. Art. 1696.

7° Le vendeur ne peut, en général, et lors même que la succession vendue comprend des immeubles, demander la rescision pour cause de lésion, de la cession faite au profit d'un étranger, ou même d'un cohéritier après partage de la succession[12].

Quant à la cession de droits successifs faite entre cohéritiers avant partage, elle est, en général, et comme tout acte faisant cesser l'indivision entre les parties, susceptible d'être rescindée pour cause de lésion[13].

8° La cession d'une hérédité peut, dans certains cas, être résolue contre le cessionnaire, par l'exercice du retrait successoral. Art. 841. Cette matière sera expliquée au § 621 *bis*. Nous nous bornerons à faire remarquer ici que le retrait successoral n'est admis qu'en fait de cession de droits successifs, et qu'il ne peut

[11] Les créanciers de la succession n'ont même pas d'action directe contre l'acquéreur de l'hérédité, qui n'est qu'un successeur particulier ; mais ils peuvent agir contre lui en exerçant les droits de leur débiteur. Art. 1166. Duranton, XVI, 525. Duvergier, II, 348. Cpr. Zachariæ, § 359, texte et note 31.

[12] Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 7. Zachariæ, § 358, note 2, et § 359, texte et note 34. Paris, 17 juin 1808, Sir., 10, 2, 538 (13). — Si cependant le vendeur s'était chargé du paiement de toutes les dettes de la succession, et qu'il se fût en même temps soumis à garantir l'éviction de tous les immeubles indiqués comme faisant partie de l'hérédité, il pourrait, en ce qui concerne ces immeubles, exercer l'action en rescision, pourvu d'ailleurs que le prix pour lequel ils ont été compris dans la vente, fût susceptible d'être déterminé d'une manière exacte, dans ce cas, en effet, la convention devrait, relativement à ses immeubles, être considérée plutôt comme une vente d'objets particuliers, que comme une cession d'herédité. Delvincourt, III, p. 163. Duvergier, II, 75. Cpr. Troplong, II, 790 ; Limoges, 19 novembre 1819, Sir., 20, 2, 81 ; Orléans, 24 mai 1831, Sir., 31, 2, 200.

[13] Art. 888. Voy. cep. art. 889. Cpr. § 626, texte n° 2.

être exercé contre les cessions de droits indivis dans une communauté conjugale, ou dans une société [14].

§ 359 *quater.*

De la cession de droits litigieux.

Les règles exposées aux §§ 359 et 359 *bis*, sur la cession en général, et sur celle des créances en particulier, s'appliquent aux cessions dedroits litigieux, sous les modifications, toutefois, résultant des dispositions de l'art. 1597 et des art. 1699 à 1701.

1° *De la défense faite à certaines personnes, de se rendre cessionnaires de droits litigieux.*

L'art. 1597 défend aux juges, aux magistrats du ministère public, aux avocats [1], ainsi qu'aux divers officiers ministériels qu'il dénomme, de se rendre cessionnaires de droits litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions ou leur profession.

[14] Le retrait successoral, constituant une exception au Droit commun, doit être restreint aux cessions de droits successifs, les seules pour lesquelles il est établi par l'art. 841. Les termes des art. 1476 et 1872, qui n'assimilent les partages de communautés ou de sociétés aux partages de successions, que sous le rapport de la forme, des effets et de la garantie, repoussent d'ailleurs l'extension du retrait aux cessions mentionnées au texte. Merlin, *Rép.*, v° Droits successifs, n° 12. Toullier, XIII, 204. Vatimesnil, *Revue de législation*, 1835-1836, III, p. 432. Benoît, *Du retrait successoral*, n° 38. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 844. Odier, *Du contrat de mariage*, I, 523. Marcadé, sur l'art. 1476. Troplong, *Des sociétés*, II, 1059 et 1060. Delangle, *Des sociétés*, II, 713 et 714. Bédarride, *Des sociétés*. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, I, 294. Bravard, *Traité de droit commercial*, I, p. 474. Demolombe, XVI, 92. Zachariæ, § 359, texte et note 43 ; § 385, note 6. Metz, 17 mai 1820, Sir., 21, 2, 305. Bordeaux, 19 juillet 1826, Sir., 27, 2, 12. Bourges, 12 juillet 1831, Sir., 32, 2, 50. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 64 ; Battur, *De la communauté*, II, 796 ; Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 841, n° 26 ; Pardessus, *Cours de droit commercial*, 1085 ; Riom, 23 novembre 1848, Sir, 49, 2, 85.

[1] La disposition de l'art. 1597, concernant les défenseurs officieux, s'applique aujourd'hui aux avocats, qui n'ont pas été mentionnés dans cet article, parce que l'ordre des avocats, supprimé par la loi des 2-11 septembre 1790, n'a été rétabli que par celle du 22 ventôse an XII, c'est-à-dire postérieurement à la rédaction définitive du titre *De la vente*, arrêtée au Conseil d'État le 3 ventôse de la même année. Voy. Locré, *Lég.*, XIV, p. 1. — Cpr. sur le pacte *de quota litis*, § 345, texte et note 12.

Les mots *juges* et *tribunal* sont employés *sensu lato*, dans l'art. 1597, pour désigner tous les magistrats exerçant des fonctions judiciaires, et toutes les juridictions, soit ordinaires, soit exceptionnelles, à quelque degré de la hiérarchie qu'elles se trouvent placées[2]. La disposition de l'article précité s'applique donc aux conseillers de préfecture et aux conseillers d'État, comme aux magistrats de l'ordre judiciaire proprement dit.

Pour déterminer, au point de vue de l'application de l'art. 1597, la compétence d'un tribunal supérieur, on doit, sans s'arrêter à la question de savoir si un recours à ce tribunal serait ou non recevable, à raison de la nature ou de la valeur du litige, examiner simplement si c'est devant ce tribunal, eu égard à son ressort, que le recours devra être formé.

Il résulte de ces explications, que les magistrats, avocats et officiers ministériels attachés à la Cour de cassation, ne peuvent se rendre cessionnaires de droits litigieux de nature à être débattus devant un tribunal quelconque, de la France continentale ou de ses colonies, soumis au contrôle de cette Cour.

Il en résulte encore qu'il est interdit aux magistrats, avocats et officiers ministériels d'une Cour impériale, de se rendre cessionnaires de droits litigieux de la compétence de l'un des tribunaux ressortissants à cette Cour, sans que la cession puisse être maintenue, sous le prétexte qu'eu égard à la valeur du litige, l'appel ne serait point recevable[3]. La même solution doit être admise pour les tribunaux d'arrondissement, en tant que juges d'appel des justices de paix de leur ressort.

[2] La disposition de l'art. 1597, qui s'applique évidemment aux juges de paix, en tant qu'ils sont appelés à juger les contestations de leur compétence, peut-elle être étendue aux juges de paix, comme tenant le bureau de conciliation? L'affirmative a été admise par un arrêt de la Cour de Lyon, du 10 juillet 1839, Sir., 40 2, 104. Mais cette décision nous paraît très-contestable, puisque le juge de paix, siégeant au bureau de conciliation, n'est point un juge dans le sens propre du mot.

[3] Marcadé (sur l'art. 1597, n° 1) est d'avis contraire, par le motif qu'un litige à décider en dernier ressort par un tribunal de première instance, ne serait pas de la compétence de la Cour impériale dans le ressort de laquelle ce tribunal se trouve placé. Mais cette manière de voir ne nous paraît pas admissible. Une question de premier ou de dernier ressort n'est pas une question de compétence : un litige eût-il été jugé en dernier ressort par un tribunal de première instance, cette circonstance n'empêcherait pas que de fait un appel ne

Mais rien n'empêche qu'un magistrat, un avocat, ou un officier ministériel près d'un tribunal de première instance, ne se rende cessionnaire de droits litigieux de la compétence d'un autre tribunal ressortissant à la même Cour impériale[4].

Un droit est litigieux, dans le sens de l'art. 1597, non-seulement lorsqu'il forme actuellement l'objet d'une contestation quelconque, mais par cela seul qu'il existe des circonstances de nature à faire présumer qu'il donnera lieu à contestation sérieuse[5]. Cependant les difficultés qui ne portent que sur la mise à exécution d'un droit, d'ailleurs certain et liquide, ne rendent pas ce droit litigieux[6].

Toute cession passée au mépris de la prohibition établie par l'art. 1597, est nulle, alors même que le cessionnaire a été de bonne foi[7]. La nullité peut être proposée, tant par le cédant[8] que par le débiteur cédé. Mais elle ne peut l'être par le cessionnaire[9].

pût être interjeté, et la Cour, à laquelle ressortit le tribunal qui a rendu le jugement, serait évidemment la seule compétente pour statuer sur cet appel.

[4] Ce qui ne peut laisser aucun doute à cet égard, c'est le rejet de la proposition du Tribunat, qui avait demandé que la fin de l'art. 1597 fût rédigée de la manière suivante : *qui sont de la compétence du tribunal d'appel dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 127, n° 10). Delvincourt, III, p. 128. Duranton, XVI, 144. Troplong, I, 99. Duvergier, 1, 198. Marcadé, sur l'art. 1597, n° 1. Zachariæ, § 359, note 76. Colmar, 11 mars 1807, et Trèves, 24 juin 1807, Sir., 9, 2, 252. Voy. en sens contraire : Amiens, 11 prairial an XIII, Sir., 9, 2, 253.

[5] La loi laisse, sous ce rapport, une grande latitude à l'arbitrage des tribunaux. Les motifs de la prohibition établie par l'art. 1597 ne permettent pas d'appliquer aux termes *procès, droits et actions litigieux*, dont il se sert, la définition restreinte donnée par l'art. 1700. Voy. aussi *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, XIV, p. 149 et 150, n° 17). Delvincourt, III, p. 171. Carré, *Lois de la compétence*, I, p. 166. Duranton, XVI, 141. Troplong, I, 200. Duvergier, I, 199. Marcadé, sur l'art. 1597, n° 2. Zachariæ, § 359, note 66. Lyon, 10 juillet 1839, Sir., 40, 2, 104. Req. rej., 11 février 1851, Sir., 51, 1, 199. Req. rej., 27 novembre 1866, Sir., 67, 1, 196. Voy. cep. en sens contraire : *Rapport fait au Tribunat*, par Faure (Locré, *Leg.*, XIV, p. 195, n° 15) ; Rennes, 27 juillet 1808, Sir., 9, 2, 157.

[6] Zachariæ, § 359, note 66 *in fine*. Req. rej., 5 juin 1825, Sir., 26, 1, 412. Cpr. Bruxelles, 30 janvier 1808, Sir., 10, 2, 491.

[7] Nîmes, 15 mai 1840, Sir., 40, 2, 539.

[8] Troplong, I, 196. Duvergier, I, 200. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 145.

[9] Voy. en sens contraire : Duvergier, *loc. cit.* ; Marcadé, sur l'art. 1597, n° 3. Le premier de ces auteurs se fonde sur ce que la prohibition établie par

Lorsque la cession est annulée à la demande du débiteur cédé, le cessionnaire peut, selon les circonstances, être condamné envers lui à des dommages-intérêts [10]. Mais l'annulation de la cession, quoique prononcée sur la demande du débiteur, n'éteint pas le droit cédé, qui peut ultérieurement être exercé par le cédant lui-même, ou être transporté à une autre personne [11].

Les exceptions apportées par l'art. 1701 à la disposition de l'art. 1699 ne peuvent être étendues à la prohibition établie par l'art. 1597 [12].

2° *Du retrait de droits litigieux* [13].

L'art. 1699 autorise toute personne contre laquelle un droit

l'art. 1597 reposant sur un motif d'ordre public, sa violation doit nécessairement entraîner une nullité absolue. Nous avons déjà réfuté cette argumentation à la note 14 du § 37, en faisant remarquer qu'on se mettrait en opposition avec l'esprit de la loi, si l'on reconnaissait au cessionnaire le droit de faire valoir une nullité établie contre lui. Quant à Marcadé, c'est évidemment à tort qu'il invoque, à l'appui de son opinion, les dispositions des art. 1131 et 1133, puisqu'il ne s'agit point ici d'une question de cause d'obligation, mais de l'application d'une incapacité légale. Cpr. § 351, texte n° 2 et note 19.

10 Zachariæ, § 359, texte *in fine*.

11 Duranton, XVI, 145. Les anciennes ordonnances prononçaient, en pareil cas, l'extinction des droits cédés, et une amende contre le cessionnaire. Voy. Merlin, *Rép.*, v° Droits litigieux, n° 3.

12 Il n'existe, en effet, aucune analogie entre le retrait dont s'occupe l'art. 1699 et la prohibition portée par l'art. 1597, qui diffèrent également par leur origine, leur fondement et leurs effets. Si le législateur a considéré certaines circonstances comme assez favorables pour motiver des exceptions à un retrait qui est principalement établi dans des vues d'intérêt privé, il ne serait pas logique d'en conclure que les mêmes exceptions doivent être admises en ce qui concerne une prohibition qui, se liant d'une manière intime à la bonne administration de la justice, ainsi qu'à la dignité de la magistrature et de ses auxiliaires, intéresse à un aussi haut degré l'ordre public. Nous ajouterons que, dans l'hypothèse du transport d'une créance litigieuse fait à un magistrat ou à un officier ministériel en paiement de ce qui lui est dû, la cession présenterait évidemment, au point de vue de la prohibition établie par l'art. 1597, les mêmes inconvénients qu'une cession ordinaire. Et, si cette exception doit être rejetée, il ne paraît pas possible d'admettre les deux autres. Duranton, XVI, 142 et 538. Zachariæ, § 359, notes 72 et 77. Nîmes, 25 mai 1840, Sir., 40, 2, 539. Rouen, 1er juillet 1852, Sir., 54, 2, 348. Voy. cep. Grenier, *Discours au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, p. 255 et 556).

13 Les dispositions des art. 1699 à 1701 ont été tirées des célèbres lois *Per diversas* et *Ab Anastasio*. LL. 22 et 23. C. *mand.* (4, 35).

litigieux a été cédé à titre onéreux [14], à exercer le retrait de ce droit, c'est-à-dire, soit à s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, soit à s'y faire subroger contre le gré de ce dernier.

La disposition de l'art. 1699 s'applique, non-seulement aux cessions de créances proprement dites, mais à celles de toute espèce de droits, mobiliers ou immobiliers. Arg. art. 1701, n° 3.

Elle paraît même devoir s'appliquer à la vente d'un immeuble dont la propriété est litigieuse, aussi bien qu'à la cession d'un droit de propriété litigieux, alors du moins que le vendeur, ne détenant point l'immeuble vendu, se trouve hors d'état d'en faire la délivrance [15].

Un droit n'est litigieux, dans le sens de l'art. 1699, que lorsque, dès avant la cession [16], il formait l'objet d'une instance

[14] Il résulte du texte même de l'art. 1699, que le retrait ne peut être exercé contre les cessions faites à titre gratuit. Troplong, II, 1001. Duvergier, II, 370. Marcadé, sur les art. 1699 à 1701, n° 2. Zachariæ, § 359, texte et note 70. — Lorsqu'une cession de droits litigieux a été faite par un acte qualifié donation, mais qui impose certaines charges au donataire, les tribunaux doivent examiner, d'après la nature et la quotité des charges et les autres circonstances de la cause, si l'intention du cédant a été de faire une véritable libéralité, ou si, au contraire, c'est un transport onéreux qu'il a entendu consentir. Au dernier cas, le retrait devra être admis ; au premier, il devra être rejeté, nonobstant les charges imposées au cessionnaire. Duvergier, II, 388. Req. rej., 15 mars 1826, Sir., 26, 1, 397. Toulouse, 13 décembre 1830, Sir., 31, 2, 294. Cpr. cep. Troplong, II, 1009. — Voy. sur les cessions faites par voie de transaction, ou sous forme de vente judiciaire, Req. rej., 22 juillet 1851, Sir., 51, 1, 567 ; Paris, 2 février 1866, Sir., 67, 2, 16.

[15] C'est en effet dans ce sens que les lois *Per diversas* et *Ab Anastasio* ont toujours été entendues. Il nous est, d'ailleurs, impossible de voir une différence réelle entre la cession d'un droit de propriété litigieux, et la vente d'un immeuble, détenu par un tiers, dont la propriété se trouve revendiquée par le vendeur. Si l'on devait s'arrêter à cette distinction, il serait toujours facile d'éluder le retrait dans les cessions de droits de propriété. Troplong, II, 1001. Duvergier, II, 379. Req. rej., 22 juillet 1851. Sir., 51, 1, 567. Alger, 20 janvier 1866, Sir., 68, 1, 438. Cpr. Civ. rej., 24 novembre 1818, Sir., 19, 1, 205. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 171 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Droits litigieux, n° 6.

[16] Duvergier, II, 368. Marcadé, sur les art. 1699 à 1701, n° 1. Zachariæ, § 359, texte et note 62. Civ. cass., 5 juillet 1819, Sir., 20, 1, 53. Riom, 11 mai 1839, Sir., 39, 2, 483. Limoges, 10 mai 1839, Sir., 40, 2, 14. Civ. rej., 9 février 1841, Sir., 41, 1, 220. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1,

judiciaire [17], et qu'il se trouvait déjà contesté quant au fond. Art. 1700. La réunion de ces deux conditions est nécessaire pour l'admission du retrait [18].

Un droit doit être considéré comme contesté au fond, non-seulement lorsque le défendeur a fait valoir des moyens de fond proprement dits, portant soit sur l'existence même du droit, soit sur son étendue ou sur sa quotité [19], mais encore lorsqu'il a opposé des exceptions péremptoires de fond, telles que la prescription, tendantes à faire rejeter, d'une manière absolue et pour toujours, l'action elle-même [20].

Un droit, bien que reconnu en principe, reste litigieux, lorsque son existence définitive et son application aux faits de la cause, dépendent de certaines justifications, par exemple du résultat d'une expertise [21]. Il en est encore ainsi, lorsque le défendeur, après avoir contesté les prétentions de son adversaire, a déclaré s'en rapporter à prudence [22].

L'emploi de moyens de défense qui n'auraient pour objet que

541. Caen, 3 août 1863, Sir., 64, 2, 15. Civ. cass., 1er mai 1866, Sir., 66, 1, 247. Civ. cass., 11 décembre 1866, Sir., 67, 1, 16. Civ. rej., 4 février 1867, Sir., 67, 1, 121.

[17] Les débats qui auraient eu lieu au bureau de paix, sur l'existence d'un droit, ne rendent pas ce droit litigieux : le préliminaire de conciliation ne constitue pas une instance. Duranton, XVI, 534. Duvergier, II, 361 et 362. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 359, note 63. Metz, 6 mai 1817, Sir., 19, 2, 138. Cpr. Carré, *Lois de la procédure*, I, p. 92. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 109. Voy. en sens contraire : Turin, 9 mars 1811, Sir., 12, 2, 78. — A plus forte raison, une réclamation présentée à l'administration par la voie gracieuse, ne constitue-t-elle pas une instance. Civ. cass., 29 juillet 1868, Sir., 68, 1, 438.

[18] La définition donnée par l'art. 1700 est conçue dans un esprit d'exclusion. Cet article, en effet, a eu pour objet de mettre un terme aux incertitudes de l'ancienne jurisprudence ; et ces incertitudes renaîtraient, s'il était au pouvoir des tribunaux de déclarer litigieux, des droits dont le fond ne serait pas encore judiciairement contesté. Delvincourt, III, p. 171. Duranton, XVII, 532. Troplong, II, 985. Duvergier, II, 359. Civ. cass., 5 juillet 1819, Sir., 20, 1, 53. Req. rej., 24 janvier 1827, Sir., 27, 1, 352. Bourges, 19 janvier 1830, Sir., 30, 2, 146. Toulouse, 7 mai 1840, Sir., 40, 2, 347.

[19] Paris, 3 février, 1867, Sir., 68, 2, 16.

[20] Marcadé, *loc. cit.*

[21] Req. rej., 14 mai 1861, Sir., 63, 1, 146. Req. rej., 1er mars 1865, Sir., 65, 1, 237. Voy. aussi : Civ. cass., 13 février 1832, Sir., 32, 1, 681.

[22] Metz, 21 novembre 1855, Sir., 56, 2, 147.

d'écarter temporairement la demande, ou de faire tomber l'instance seulement, n'imprimerait pas au droit à raison duquel le procès est engagé le caractère de droit litigieux[23]. Il en est de même des contestations simplement relatives aux sûretés ou aux moyens d'exécution qui peuvent appartenir au créancier[24].

Un droit contesté au fond, dans une instance judiciaire, doit, par cela même, être considéré comme litigieux, sans que le juge puisse, sous ce rapport, examiner le mérite des moyens proposés par le défendeur[25]. Toutefois, si un droit avait été précédemment consacré par un jugement passé en force de chose jugée, il devrait, nonobstant toutes nouvelles contestations sur son existence, être déclaré non litigieux[26].

La demande en retrait est recevable aussi longtemps que le litige n'est pas définitivement terminé. Elle peut donc être formée pour la première fois en instance d'appel[27]. Elle serait même admissible après une décision rendue en dernier ressort, si cette décision se trouvait attaquée par voie de requête civile ou de recours en cassation[28]. Mais la simple éventualité d'un recours extraordinaire, dont le délai ne serait pas encore expiré, ne suffirait pas pour autoriser l'exercice du retrait[29].

L'effet de la demande en retrait ne peut être arrêté par une ré-

[23] Civ. cass., 1er mai 1866, Sir., 66, 1, 245. Cpr. Troplong, II, 989 et suiv. ; Duvergier, II, 364 et suiv. ; Rauter, *op. cit.*, § 114 ; Lyon, 24 juillet 1828 ; Sir., 29, 2, 141 ; Req. rej., 29 avril 1834, Sir., 34, 1, 293.

[24] Cpr. Zachariæ, § 359, note 64 ; Req. rej., 17 juillet 1826, Sir., 27, 1, 262. Voy. cep. Rouen, 1er décembre 1826, Sir., 30, 2, 132.

[25] Delvincourt, sur l'art, 1700. Zachariæ, § 359, texte et note 65.

[26] Duvergier, II, 373. Marcadé sur les art. 1699 à 1701, n° 1. Zachariæ, § 359, note 65. Civ. cass,, 4 mars 1823, Sir., 23, 1, 204.

[27] Troplong, II, 999. Duvergier, II, 355. Marcadé sur les art. 1699 à 1701, n° 2. Rouen, 16 décembre 1826, Sir., 30, 2, 132. Grenoble, 19 mai 1828, Sir., 29, 2, 203. Metz, 11 mai 1831, Sir., 32, 1, 445. Metz, 21 novembre 1855, Sir., 56, 2, 147. Poitiers, 12 mai 1857, Sir., 57, 2, 241. Alger, 13 juillet 1857, Sir., 58, 2, 266.

[28] Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 359, note 69, *in fine*. Req. rej., 5 mai 1835, Sir., 35, 1, 627.

[29] Marcadé, *loc. cit.* Bordeaux, 18 janvier 1839, Sir., 39, 2, 261. Voy. en sens contraire : Zachariæ, *loc. cit.* — Cpr. cep. sur les cas où la cession aurait été tenue cachée par le cessionnaire, jusqu'après la décision rendue en dernier ressort : Duvergier, II, 378 ; Rouen, 16 mars 1812, Sir., 12, 2, 335.

trocession ultérieure que le cessionnaire passerait au profit du cédant[30].

Il n'est pas nécessaire, pour l'admission d'une demande en retrait, qu'elle soit précédée ou accompagnée d'offres réelles[31]. Mais cette demande devrait être rejetée si elle n'était proposée que par des conclusions subsidiaires[32].

Celui qui veut user du retrait doit rembourser au cessionnaire le prix réel de la cession, les intérêts de ce prix à partir du jour du paiement, les frais de passation et de signification de la cession, et les dépens de l'instance suivie par le cessionnaire jusqu'à la demande en retrait. Art. 1699.

Par exception à la règle générale posée dans l'art. 1699, la faculté de retrait n'est pas ouverte contre une cession qui serait passée, soit à un cohéritier ou à l'un des copropriétaires du droit cédé, par son communiste[33], soit au possesseur de l'immeuble sur lequel porte le droit cédé, contesté entre le cédant et un tiers, soit enfin par un débiteur à son créancier, en paiement de ce qui lui est dû. Art. 1701. Que si un droit contesté entre trois parties était cédé par l'un des prétendants à l'autre, le troisième serait admis à l'exercice du retrait[34].

On doit également considérer comme soustraite au retrait la cession d'un droit litigieux qui ne formerait que l'accessoire d'un droit principal, non litigieux, transmis par la même convention[35].

[30] Turin, 19 mai 1815, Sir., 16, 2, 14.

[31] Req. rej., 8 frimaire an XII, Sir., 4, 1, 177 et 188, à la note. Besançon, 31 janvier 1809, Sir., 13, 2, 362.

[32] Troplong, II, 987. Duvergier, II, 375. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 359, note 69. Civ. cass., 4 mars 1823, Sir., 23, 1, 204. Civ. cass., 1er juin 1831, Sir., 31, 1, 245. Req. rej., 8 mars 1832, Sir., 32, 1, 445. Bourges, 19 février 1838, Sir., 38, 2, 372. Req. rej., 3 février 1868, Sir., 68, 1, 160.

[33] Il n'en serait plus de même, et l'on rentrerait sous l'application de la règle générale, si la cession était passée par un étranger. C'est ce qui ressort virtuellement du texte même du n° 1 de l'art. 1701. Troplong, II, 1005 et 1006. Marcadé, sur les art. 1699 à 1781, n° 3. Cpr. Req. rej., 18 juillet 1838, Sir., 38, 1, 790. Voy. en sens contraire : Duranton, XVI, 539.

[34] Req. rej., 22 juillet 1851, Sir., 51, 1, 567.

[35] Pothier, n° 595. Troplong, II, 1011. Duvergier, II, 397. Marcadé, *loc. cit.*

b. *Du contrat d'échange.*

SOURCES. Code Napoléon, art. 1702 à 1707. BIBLIOGRAPHIE : Pothier, *Traité du contrat de vente*, nos 618 et suivants. — Troplong, *De l'échange*, en tête du 1er vol. du *Contrat de louage*. — Duvergier, *De l'échange*, à la suite du *Contrat de vente*, vol. II, p. 495.

§ 360.

L'échange est un contrat par lequel l'un des contractants s'oblige à transférer à l'autre la propriété d'une chose, en retour, non d'une somme d'argent, mais d'une autre chose dont celui-ci s'engage de son côté à lui transférer la propriété[1]. Art. 1702.

L'obligation accessoire, qui peut être imposée à l'une des parties, de bonifier à l'autre, au moyen d'une soulte ou d'un retour en argent, la différence de valeur réelle ou de convenance qui existerait entre les deux choses faisant l'objet de l'échange, ne transforme pas la convention en contrat de vente. Toutefois, une convention qualifiée d'échange constituerait en réalité une vente, si la somme promise à titre de soulte, par l'une des parties, était tellement supérieure à la valeur de la chose à livrer par la même partie, que le paiement de cette somme formât en réalité l'objet principal de son obligation[2].

L'échange devient, comme la vente, parfait par le seul consentement des parties. Art. 1703.

Du principe que les copermutants sont respectivement tenus de se transférer la propriété des choses formant l'objet de l'échange, il résulte que, si l'une des parties, après avoir livré sa chose, se trouve évincée de celle qu'elle a reçue, elle a le choix, à supposer qu'elle ait été de bonne foi, de demander, soit l'exécution du contrat, et par suite le paiement de la valeur, au moment de l'éviction, de la chose qui lui a été livrée, soit la résolution du contrat,

[1] La convention par laquelle les parties se promettraient l'usage d'une chose contre l'usage d'une autre chose, ou des services en retour d'autres services, ne constituerait pas un échange dans le sens propre de ce mot. Cpr. Pothier, nos 458 et suiv., 495 et suiv. ; Zachariæ, § 360, note 1re. — Voy. sur la définition donnée au texte, la note 1re du § 349.

[2] Pothier, *Des retraits*, n° 92. Duranton, XVI, 547. Troplong, nos 5 et 6. Duvergier, II, 400. Voy. cep. Marcadé, sur les art. 1702 et 1703, n° 2.

et par suite la restitution de sa propre chose avec dommages-intérêts[3]. Art. 1705.

Chacun des copermutants jouirait également de cette option, dans le cas où ayant aliéné la chose qu'il a reçue, l'éviction ne l'atteindrait pas directement et ne réfléchirait contre lui qu'à raison du recours en garantie formé par son acquéreur[4].

Il suit même du principe ci-dessus rappelé que, dans le cas où, dès avant toute éviction, l'un des copermutants vient, après avoir livré sa chose, à prouver que celle qu'il a reçue n'appartenait pas à l'autre partie, il est, par cela seul et indépendamment de tout trouble effectif, autorisé à exercer l'option dont il jouirait au cas d'éviction[5]. Il est toutefois entendu qu'après avoir aliéné la chose à lui livrée, il ne serait pas admis à provoquer la résolution de l'échange, tant que l'acquéreur ne l'aurait pas actionné en annulation de son contrat d'acquisition.

Que si l'un des copermutants avait reçu la chose qui lui a été promise, avant d'avoir livré la sienne, il ne pourrait, même en prouvant que la première n'appartenait pas à l'autre partie, refuser d'accomplir son obligation de délivrance qu'à la condition de restituer la chose à lui livrée. Art. 1704.

[3] Il ne faut pas conclure de l'art. 1705, que l'échangiste évincé n'a droit à aucuns dommages-intérêts, lorsqu'il demande la résolution du contrat et la restitution de sa chose. L'opposition qu'on remarque dans la rédaction de cet article, n'est qu'une application, spéciale à l'échange, du principe général posé par l'art. 1184, al. 2. Que l'échangiste évincé opte pour l'exécution ou pour la résolution du contrat, il a toujours droit, lorsqu'il a été de bonne foi, à des dommages-intérêts. Art. 1599 et 1630. Duranton, XVI, 545. Voy. cep. Zachariæ, § 360; texte et note 7.

[4] Grenoble, 4 mars 1847, Sir., 48, 2, 718.

[5] Ce serait à tort qu'on conclurait, par argument *a contrario* de l'art. 1705, que l'un des copermutants est non recevable à demander la résolution du contrat, avant d'être troublé dans la possession de la chose qu'il a reçue. Cet article a bien moins pour objet de déterminer les circonstances dans lesquelles l'une des parties peut demander la résolution de l'échange, comme portant, de la part de l'autre, sur la chose d'autrui, que de rappeler l'option qui, aux termes de l'art. 1184, doit appartenir à l'un des copermutants, lorsque l'autre n'a pas rempli son obligation de le rendre propriétaire de la chose à lui livrée. Duranton, XVI, 544. Troplong, n° 23. Duvergier, II, 413. Marcadé, sur les art. 1704 et 1705, n° 1. Zachariæ, § 360, texte et note 5. Req. rej., 16 janvier 1810, Sir., 10, 1, 204. Poitiers, 16 avril 1822, Sir., 25, 2, 321. Cpr. cep. Civ. rej., 11 décembre 1815, Sir., 16, 1, 161.

Le copermutant ne jouissant d'aucun privilége, ni à raison des dommages-intérêts qui pourraient lui être dus en cas d'éviction, ni à raison des sommes que, pour conserver l'immeuble à lui livré, il a été obligé de payer aux créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble[6], on doit en conclure que l'action résolutoire qu'il formerait dans ces hypothèses pour obtenir la restitution de son propre immeuble n'est pas sujette aux causes de déchéance établies par l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 et par l'art. 717 du Code de procédure[7]. Il en serait ainsi alors même que l'échange ayant été fait avec soulte, le copermutant évincé en aurait été payé[8].

Au contraire, le copermutant, créancier d'une soulte, jouissant pour le paiement de cette soulte du privilége du vendeur[9], sa position, quant à l'admissibilité de l'action résolutoire pour défaut de paiement de la soulte, est la même que celle du vendeur non payé du prix, et l'exercice de cette action se trouve soumis à l'application de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 et de l'art. 717 du Code de procédure[10].

D'un autre côté, la demande en résolution ne serait plus recevable si le copermutant, créancier de la soulte, avait aliéné la chose à lui livrée, et s'était ainsi placé dans l'impossibilité de remettre les choses au même et semblable état où elles se trouvaient avant la formation du contrat[11].

La résolution de l'échange réfléchit contre les tiers détenteurs de l'immeuble[12] livré à la partie contre laquelle elle a été pro-

[6] Voy. pour la justification de cette proposition : § 263, texte n° 1, notes 13 et 14.

[7] Ces deux articles, en effet, ne concernent que l'action résolutoire du vendeur, jouissant, en cette qualité, d'un privilége. Cpr. § 356, texte n° 3. Flandin, *De la transcription*, II, 1219 à 1221. Nancy, 3 janvier 1862, Sir., 62, 2, 353.

[8] Flandin, *op. cit.*, II, 1222 et 1223.

[9] Voy. § 263, texte n° 1, et note 12.

[10] Troplong, *De la transcription*, n° 299. Flandin, *op. cit.*, II, 1220 et 1221.

[11] Le copermutant qui aliène la chose qu'il a reçue en échange, avant d'avoir obtenu le paiement de la soulte à lui due, renonce par cela même à la faculté de demander, pour défaut de paiement de la soulte, la résolution du contrat, et ne conserve que son privilége. Bordeaux, 7 mars 1846, Sir., 46, 2, 179.

[12] *Quid* en cas d'échange de choses mobilières ? Voy. § 356, texte n° 3 et notes 28 et 29.

noncée[13], à moins qu'ils ne soient couverts par la prescription de 30 ans, ou par celle de 10 à 20 ans[14].

A la différence du contrat de vente, l'échange n'est pas sujet à rescision pour cause de lésion. Art. 1706. Il en serait ainsi dans le cas même où l'échange aurait eu lieu avec soulte, à moins que la convention ne dût, à raison de l'importance de la soulte, être considérée comme constituant en réalité une vente[15].

Comme, dans l'échange, chacune des parties est tout à la fois vendeur et acheteur, les art. 1593 et 1602 sont, en principe, sans application à ce contrat[16]. Toutefois, si l'échange avait eu lieu avec soulte, ce serait au débiteur de la soulte à supporter les droits d'enregistrement et de transcription auxquels elle donnerait lieu.

Enfin, la disposition de l'art. 1619 n'est pas non plus applicable en matière d'échange, à moins que le contraire ne doive être admis d'après l'intention des parties, telle qu'elle ressort des circonstances particulières du fait et des conditions du contrat[17].

Sauf les règles spéciales qui viennent d'être développées, l'échange est régi par les mêmes principes que la vente. Art. 1707. C'est ce qui a lieu notamment pour ce qui concerne : la nécessité de la transcription en matière d'échange immobilier[18]; l'effet de l'échange portant sur un immeuble indivis, et consenti par un seul des copropriétaires[19]; les conséquences de l'éviction partielle de

[13] Merlin, *Rép.*, v° Échange, n° 2. Duranton, XVI, 546. Duvergier, II, 417. Troplong, n° 25. Marcadé, sur les art. 1704 et 1705. Zachariæ, § 360, texte et note 8. Aix, 25 mai 1813, Sir., 13, 2, 364. Grenoble, 18 juillet 1834, Sir., 35, 2, 75. Lyon, 12 janvier 1839, Sir., 39, 2, 293. Nîmes, 19 février 1839, Sir., 39, 2, 455. Bordeaux, 13 juin 1846, Sir., 47, 2, 30. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 184 ; Favard, *Rép.*, v° Échange, n° 3.

[14] Toulouse, 13 août 1827, Sir., 29, 2, 81.

[15] Duranton, XVI, 547. Troplong, n°s 3, 6 et 26. Favard, *Rép.*, v° Échange, § 4. Zachariæ, § 360, texte et note 9. Cpr. Colmar, 25 mars 1825, Sir., 26, 2, 111.

[16] Troplong, n° 41. Marcadé, sur les art. 1706 et 1707.

[17] Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Échange, n° 24. Duvergier, II, 426. Marcadé, *loc. cit.* Colmar, 1er mai 1807, Sir., 7, 2, 757. Voy. cep. Troplong, n° 34.

[18] Voy. § 209, texte A, n° 1, lett. *c*.

[19] Cpr. § 351, texte n° 3, notes 46 et 47 ; Req. rej., 16 janvier 1810, Sir., 10, 1, 204 ; Poitiers, 16 avril 1822, Sir., 25, 2, 321.

la chose livrée par l'un des échangistes[20]; et la responsabilité qu'entraîne, pour chacune des parties, l'existence de défauts cachés dans la chose qu'elle a livrée. Art. 1641 et loi du 20 mai 1838.

c. *Du contrat de louage.*

SOURCES. Code Napoléon, art. 1708-1831. Les dispositions de ces articles sont principalement puisées dans le Droit romain, à l'exception des règles relatives au cheptel, lesquelles sont empruntées au Droit coutumier. — BIBLIOGRAPHIE : Pothier, *Traité du contrat de louage.* — Duvergier, *Du contrat de louage*; Paris, 1836, 2 vol. in-8°. — Troplong, *De l'échange et du louage* : Paris, 1840, 3 vol. in-8°.

§ 361.

Définition du louage. — Des diverses espèces de louage.

Le louage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à payer, soit à procurer à celle-ci, pendant un certain temps, l'usage ou la jouissance d'une chose (*locatio rerum*), soit à lui fournir temporairement ses services (*locatio operarum*), soit à faire pour son compte un ouvrage déterminé (*locatio operis*). Art. 1708 à 1711.

Le Code Napoléon confond les deux dernières espèces de louage sous la dénomination générale de louage d'ouvrage. Art. 1708 et 1710.

Le cheptel, dont le Code s'occupe au chapitre IV du titre *du louage*, est un contrat d'une nature particulière, qui participe à la fois du louage des choses et de celui de services, et qui tient même, dans une certaine mesure, du contrat de société.

α. *Du louage des choses.*

§ 362.

Généralités.

Le louage peut avoir pour objet toutes espèces de choses mobilières ou immobilières. Art. 1713.

Le Code Napoléon ne s'occupe cependant, d'une manière spéciale et complète, que du louage des maisons d'habitation et des

[20] Art. 1636. Civ. rej., 30 juin 1841, Sir., 41, 1, 657. Req. rej., 15 mars 1852, Sir., 52, 1, 324.

biens ruraux[1]. Mais les règles qu'il établit à cet égard s'appliquent, par analogie et en tant que la nature des choses le permet, au louage des autres immeubles et à celui des meubles[2].

Les dispositions relatives à la vente peuvent, à raison de l'affinité qui existe entre ce contrat et le louage, servir à interpréter et à compléter les règles que la loi a tracées sur ce dernier contrat[3].

(1) *Des règles qui régissent, en général, le louage des choses, et notamment de celles qui sont communes aux baux à loyer et à ferme.*

§ 363.

Des éléments essentiels à l'existence du contrat.

Tout contrat de louage de choses exige le concours de trois éléments essentiels, savoir : le consentement des parties; une chose dont l'usage ou la jouissance est abandonnée par l'une des parties à l'autre; et un prix (loyer, fermage) stipulé comme équivalent de cet usage ou de cette jouissance[1]. Art. 1709.

Le consentement des parties doit porter non-seulement sur la chose et sur le loyer ou fermage, mais encore sur la durée du bail, de sorte que le désaccord des parties sur ce point empêcherait la formation du contrat[2].

Le louage diffère de la vente :

1° En ce qu'il a pour objet de transférer, non la propriété, ni même la possession de la chose qui en fait la matière, mais seulement l'usage ou la jouissance de cette chose[3].

2° En ce que le prix peut consister, non-seulement en une somme d'argent, mais encore en une certaine quantité de denrées de la nature de celles que la chose louée est susceptible de pro-

[1] Voy. cep. art. 1711 et 1757.

[2] *Rapport fait au Tribunat*, par Mouricault (Locré, *Lég.*, XIV, p. 422, n° 6). Zachariæ, § 362, note 2.

[3] *Prœ. Inst. de loc. cond.* (3, 24). L. 2, D. *loc. cond.* (19, 2), Pothier, n°s 2 et suiv. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 6. Zachariæ, § 362, note 3.

[1] Cpr. Lyon, 17 décembre 1868, Sir., 69, 2, 284.

[2] Douai, 5 août 1852, Sir., 53, 2, 188.

[3] Pothier, n°s 213 et suiv., 285 et suiv.

duire, ou dans une certaine quotité des fruits qui doivent en naître[4]. Dans ce dernier cas, le contrat prend le nom de bail à partage de fruits ou de colonage partiaire[5].

A ces différences près, les principes exposés au § 349, sur les éléments essentiels à la vente, s'appliquent également au louage des choses. Ainsi, la promesse synallagmatique de bail équivaut à bail, et engendre une véritable obligation de livrer, dont le preneur est en droit d'exiger l'exécution effective par la délivrance de la chose louée[6].

§ 364.

Des conditions de la validité du louage des choses.

1° La capacité juridique requise pour ce contrat, se détermine d'après l'idée que le bail est, de sa nature, un acte de simple administration[1].

[4] Pothier, n° 39. Troplong, n° 3. Marcadé, sur l'art. 1713, n° 3. Zachariæ, § 363, texte et note 3. Voy. en sens contraire; Duvergier, n° 95. — La convention par laquelle l'une des parties abandonnerait à l'autre la jouissance d'une chose contre un équivalent qui ne consisterait, ni dans une somme d'argent, ni dans une certaine quantité de denrées ou dans une portion des fruits, mais dans d'autres objets mobiliers ou immobiliers à livrer, soit en propriété, soit en jouissance, ou dans des services, ne constituerait point un louage proprement dit, mais un contrat innommé. Cpr. § 2, *Inst. de loc. cond.* (3, 24). Duranton, XVII, 9. Duvergier, I, 96, et II, 247 et suiv. Marcadé et Zachariæ, *loc. cit.*

[5] Voy. sur le colonage partiaire : § 571, texte n° 2.

[6] Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 1 ; et *Quest.*, v° Bail, § 1. Duvergier, I, 47. Duranton, XVII, 48. Marcadé, sur les art. 1714 à 1716, n° 4, Zachariæ, § 363, texte et note 4. Civ. cass., 3 août 1838, Sir., 38, 1, 299.

[1] Duranton, XVII, 32 et suiv. Zachariæ, § 364, texte et note 1re. Suivant l'opinion communément admise autrefois, les baux faits pour plus de neuf années, appelés baux à longues années, rentraient dans la classe des actes de disposition. Ferrière, *Dictionnaire de droit*, v° Bail fait pour plus de neuf années. Cette manière de voir se comprenait sous l'empire de notre ancienne jurisprudence, d'après laquelle les baux à longues années étaient, en général, considérés comme conférant un droit réel au preneur. Mais elle ne serait plus en harmonie avec les principes de notre nouvelle législation ; et les art. 1429, 1430 et 1718, sainement entendus, prouvent que les rédacteurs du Code se sont placés à un point de vue tout différent. Il est, en effet, à remarquer que ces articles ne prononcent pas la nullité des baux passés par le mari ou le tuteur pour une durée excédant neuf années, et qu'ils réservent seulement à la femme et au mineur la faculté de les faire cesser à l'expiration de la période de neuf ans, courant au moment de la dissolution de la communauté ou de la majorité.

En pure théorie, on serait donc conduit à décider :

D'une part, que les personnes qui, sans avoir la disposition de leurs biens, en ont cependant l'administration, sont autorisées à passer bail de leurs biens meubles ou immeubles, sans l'observation d'aucune formalité, et même pour un temps excédant la durée ordinaire des baux ;

D'autre part, que les administrateurs légaux de la fortune d'autrui jouissent des mêmes pouvoirs.

Ces deux conséquences sont cependant, en ce qui concerne le mineur émancipé, le père administrateur, le tuteur, et le mari, soumises aux modifications résultant de la combinaison des art. 481, 1429, 1430 et 1718 [2]. Les mêmes modifications s'appliquent aux baux consentis par l'usufruitier [3], et semblent pouvoir être étendues, par analogie, à la femme séparée de biens [4].

Mais elles ne paraissent pas devoir être étendues aux baux passés, soit par une personne pourvue d'un conseil judiciaire [5], soit par un envoyé en possession provisoire [6].

Le copropriétaire d'une chose indivise ne peut la louer, même pour la part à lui appartenante, sans le consentement de ses consorts, qui seraient autorisés à demander l'annulation, pour le tout, du bail qu'il aurait passé sans leur concours [7].

[2] Cpr. quant au mineur émancipé, § 132, texte et note 2 ; quant au père administrateur, § 123, texte et note 32 ; quant au tuteur, § 113, texte n° 5 et notes 60 à 63 ; quant au mari, § 510. Voy. en ce qui concerne l'administrateur provisoire d'un individu placé dans un asile d'aliénés ; Loi du 30 juin 1838, art. 31, al. 1 ; et § 127 *bis*, texte n° 1.

[3] Art. 595 cbn. 1429 et 1430. Cpr. § 230, texte n° 3, et notes 44 à 50.

[4] Cpr. § 516, texte n° 7.

[5] La capacité de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, n'étant restreinte que quant aux actes qui rentrent, expressément ou virtuellement du moins, dans l'énumération donnée par les art. 499 et 513, il n'est pas permis, sous prétexte d'analogie, d'ajouter de nouvelles restrictions à celles qui se trouvent indiquées dans ces articles. Voy. cep. en sens contraire : Toulouse, 23 août 1855, Sir., 55, 2, 748. Cpr. aussi : Duranton, III, 799 ; Demolombe, VIII, 743. Cette dernière opinion ne pourrait se justifier, qu'autant qu'on verrait dans un bail de plus de neuf années une aliénation indirecte, ce qui ne nous paraît pas admissible par les raisons développées à la note 1re *supra*.

[6] Cpr. § 153, texte n° 1, et note 10.

[7] Merlin, *Quest.*, v° Location. Favard, *Rép.*, v° Louage, sect. I, § 1, n° 2 *bis*. Duranton, XVII, 35. Duvergier, I, 87. Troplong, I, 100. Demolombe, IX, 447. Zachariæ, § 197, texte et note 11. Civ. cass., 4 janvier 1844, Sir., 44, 1, 723.

Les personnes auxquelles l'art. 1596 défend de se rendre adjudicataires de certains biens, ne peuvent pas non plus, en général, s'en rendre locataires [8].

2° Le louage peut avoir pour objet toutes les choses dont l'usage ou la jouissance n'est pas hors du commerce [9], à l'exception seulement de celles dont la location est défendue par une disposition spéciale de la loi (voy. art. 631 et 634), et de celles dont on ne peut user et se servir sans les consommer [10].

3° Ce contrat peut être passé verbalement ou par écrit. Art. 1714. Il se trouve, quant à la manière d'en prouver l'existence, soumis en général, et sauf les modifications indiquées aux art. 1715 et 1716, aux règles communes à toute espèce de conventions.

Aux termes du 1er al. de l'art. 1715, l'existence ou les conditions d'un bail verbal, qui n'a pas encore reçu d'exécution, ne peuvent être prouvées par témoins, quand même la valeur n'en dépasserait pas 150 fr. [11]. Le second alinéa ajoute que le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. Mais il ne faut pas conclure de là, que la partie qui allègue l'existence d'un bail verbal soit privée du droit de faire interroger sa partie adverse sur faits et articles, à effet d'obtenir d'elle un aveu formel et précis du fait allégué [12].

Lorsqu'un bail verbal a reçu un commencement d'exécution et que la valeur [13], d'un autre côté, n'en excède pas 150 fr. [14],

[8] Cpr. cep. art. 450, al. 2. L'exception admise par cet article confirme la règle énoncée au texte. Zachariæ, § 364, texte et note 2.

[9] Pothier, nos 9 et suiv. — Ainsi les biens composant un majorat et les terrains dépendants de fortifications, sont susceptibles d'être loués, parce que, bien que placés hors du commerce quant à la propriété, la location n'en est pas incompatible avec leur destination.

[10] *Rapport fait au Tribunat*, par Mouricault (Locré, *Lég.*, XIV, p. 422, n° 5). Cpr. Civ. rej., 7 avril 1857, Sir., 58, 1, 51.

[11] L'art. 1715 ajoute : *et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données.* Cette addition était inutile, car une pareille allégation ne peut pas plus autoriser la preuve par témoins d'un louage, que de toute autre convention.

[12] Duranton, XVII, 53. Duvergier, I, 257. Marcadé, sur les art. 1714 à 1716, n° 2. Civ. cass., 12 janvier 1864, Sir., 64, 1, 88. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 111 ; Rennes, 6 août 1813. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 350.

[13] La valeur d'un bail se détermine, non d'après la valeur des objets loués, mais d'après la somme qui forme le prix du bail pour toute la durée qu'on prétend lui assigner. Troplong, I, 116. Duvergier, I, 15. Marcadé, sur les art. 1704-1706, n° 3. Paris, 6 avril 1825, Sir., 26, 2, 278.

[14] Duvergier, II, 259. Delvincourt, III, p. 188. Bordeaux, 29 novembre

la preuve testimoniale est admise pour en établir les conditions [15], autres toutefois que celles de la durée et du prix.

La durée s'en détermine d'après les dispositions des art. 1736, 1758 et 1774 [16].

Quant au prix, le bailleur doit, à défaut de quittances, en être cru sur son serment, à moins que le preneur ne préfère s'en rapporter à une estimation par experts, auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré.

Que si le commencement d'exécution d'un bail était dénié, la partie qui s'en prévaudrait, ne devrait pas être admise à la preuve testimoniale des faits de jouissance qui seraient, d'après son allégation, constitutifs de ce commencement d'exécution [17].

Les art. 1715 et 1716 ne dérogent pas à la disposition de l'art. 1347, ni, à plus forte raison, à celle de l'art. 1348.

Ainsi, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit qui rend vraisemblable l'existence d'un bail verbal, la preuve par

1826, Sir., 28, 2, 5. Req. rej., 10 mai 1832, Sir., 33, 1, 557. Limoges, 30 juillet 1836, Sir., 36, 2, 427. Colmar, 15 mars 1843, Sir., 43, 2, 373. Lyon, 22 novembre 1854, Sir., 55, 2, 44.

[15] Duranton, XVII, 55. Marcadé, sur les art. 1714 à 1716, n° 3. — MM. Toullier (IX, 32) et Duvergier (I, 258) cherchent à démontrer que, même dans ce cas, la preuve par témoins est absolument inadmissible. Mais la distinction entre le cas où le bail a reçu un commencement d'exécution et l'hypothèse contraire, est trop nettement tracée par la loi, pour qu'il soit permis d'en faire abstraction; et l'argument *a contrario*, qui résulte de l'art. 1715, est ici très-concluant, puisqu'il s'agit d'écarter l'application d'une disposition exceptionnelle pour faire retour au droit commun. Cpr. § 40.

[16] Marcadé, *loc. cit.* Colmar, 15 mars 1843, Sir., 43, 2, 373. Metz, 10 avril 1856, Sir., 57, 2, 145. Cpr. Grenoble, 14 mai 1825, Sir., 26, 2, 177.

[17] Des faits de jouissance, qui ne sont pas invoqués pour établir l'existence d'une convention, peuvent sans doute, comme tous faits purs et simples, être prouvés par témoins, dans le cas, par exemple, où ils sont allégués à l'appui d'une demande en dommages-intérêts. Mais admettre la preuve testimoniale de pareils faits, lorsqu'ils sont présentés comme constituant l'exécution d'un bail dont l'existence est déniée, ce serait, contrairement à la disposition formelle de l'art. 1715, accueillir la preuve testimoniale de l'existence même du bail. Toullier, IX, 32. Duvergier, I, 258. Marcadé, *loc. cit.* Limoges, 30 juillet 1836, Sir., 36, 2, 437. Civ. cass., 12 janvier 1840, Sir., 40, 1, 5. Bourges, 14 mai 1842, Sir., 43, 2, 29 et 31. Civ. cass., 12 janvier 1864, Sir., 64, 1, 88. Voy. en sens contraire: Duranton, XVII, 56; Troplong, I, 113. Ces deux auteurs admettent la preuve testimoniale des faits d'exécution, le premier dans le cas même où la valeur du bail excéderait 150 fr.; le second, quand elle ne dépasse pas cette somme.

témoins est recevable pour compléter ce commencement de preuve, quoique la valeur du bail dépasse 150 fr., et qu'il n'ait encore reçu aucune exécution [18]. Mais on se mettrait en opposition avec l'esprit qui a dicté les dispositions des articles précités, en admettant la possibilité de puiser un commencement de preuve par écrit dans un interrogatoire sur faits et articles, qui n'aurait pas abouti à un aveu précis et formel de l'existence du bail [19].

Il est d'ailleurs à remarquer que, si le commencement de preuve par écrit ne se rapportait qu'à l'existence du bail, et ne tendait pas à rendre vraisemblables les allégations relatives à sa durée, et au montant du prix, la preuve par témoins ne pourrait être admise en ce qui concerne ces deux conditions. Le prix devrait, en pareil cas, être déterminé conformément à l'art. 1716; et quant à la durée du bail, elle serait réglée de la même manière que dans les baux dont le temps n'a pas été fixé [20].

4° Les parties sont autorisées à subordonner le contrat de louage à toutes espèces de conditions, suspensives ou résolutoires, susceptibles d'être apposées à une convention.

Elles peuvent également étendre ou restreindre, selon leurs convenances, les droits et les obligations que la loi fait découler de ce contrat [21].

Enfin, elles sont libres d'assigner au bail la durée qu'elles jugent convenable, sans toutefois pouvoir dépasser le terme de 99 ans. Le bail fait pour une durée plus longue, serait réductible à cette période de temps. Quant au bail à vie, il ne peut être fait sur plus de trois têtes [22].

[18] Delvincourt, III, p. 187. Duvergier, I, 267. Zachariæ, § 264, note 4. Rouen, 22 juin 1842, Sir., 43, 2, 29. Cpr. Caen, 31 janvier 1843, Sir., 43, 2, 151; Req. rej., 1er avril 1867, Sir., 67, 1, 373. Voy. en sens contraire: Duranton, XVII, 54; Troplong, I, 112; Marcadé, *loc. cit.*; Caen, 23 mars 1840, Sir., 40, 2, 263; Rouen, 18 février et 19 mars 1841, Sir., 41, 2, 468; Paris, 6 mai 1862, Sir., 62, 2, 273.

[19] Paris, 6 mai 1862, Sir., 62, 2, 273. Civ. cass., 12 janvier 1864, Sir., 64, 1, 88.

[20] Duvergier, I, 268.

[21] Toutefois, la clause par laquelle le preneur s'engagerait à ne former, pendant toute la durée du bail, et pour telle cause que ce soit, aucune action contre le bailleur, serait nulle comme contraire à l'essence du bail. Req. rej., 19 janvier 1863, Sir., 63, 1, 185.

[22] Loi des 18-29 décembre 1790, tit. I, art. 1; et arg. de l'art. 1709. Troplong, I, 4.

§ 365.

Du droit de jouissance du preneur, de son étendue, et de son caractère juridique.

1° Le preneur a le droit d'user et de jouir de la chose donnée à bail, selon la destination pour laquelle elle a été louée.

Ce droit porte, non-seulement sur la chose louée elle-même, mais encore sur les accessoires qui en dépendaient au moment de la conclusion du bail. Arg. art. 1614.

Il s'étend également aux alluvions survenues en cours de bail, sauf augmentation proportionnelle du fermage, dans le cas où l'alluvion serait de quelque importance[1].

Mais le preneur n'a pas le droit de jouir des autres accessions, et notamment des atterrissements qui n'auraient pas le caractère d'alluvions proprement dites.

A moins de convention contraire, le preneur ne jouit pas, sur les fonds affermés, du droit de chasse, que le propriétaire conserve la faculté d'exercer lui-même ou de céder à des tiers[2].

Quoique ne jouissant pas du droit de chasse, le preneur n'en est pas moins autorisé à demander, devant les tribunaux civils, la réparation des dommages qui lui auraient été personnellement causés par des faits de chasse. Il serait même autorisé à poursuivre cette réparation devant les tribunaux de police correctionnelle, si le fait dommageable, constituant un élément ou une circonstance aggravante du délit de chasse, se confondait ainsi avec ce délit[3].

Le preneur ne jouit pas non plus, en principe, du droit de

[1] Il est généralement admis que le preneur a le droit de jouir des alluvions. Voy. Duranton, XVII, 81 ; Troplong, I, 190 ; Chardon, *De l'alluvion*, n° 137 ; Duvergier, I, 356 ; Taulier, VI, p. 235 ; Marcadé, sur l'art. 1722, n° 3. Mais ces auteurs se divisent sur le point de savoir si, en pareil cas, il y a lieu ou non à une augmentation proportionnelle du fermage.

[2] Merlin, *Quest.*, v° Chasse, § 3. Toullier, IV, 19. Troplong, I, 161. Marcadé, sur les art. 1719 et 1720, n° 1. Foucart, *Droit administratif*, I, 297. Paris, 19 mars 1812, Sir., 12, 2, 323. Angers, 14 août 1826, Sir., 27, 2, 4. Crim. rej., 4 juillet 1845, Sir., 45, 1, 774. Rennes, 22 mars 1861, Sir., 61. 2, 406. Crim. rej., 5 avril 1866, Sir., 66, 1, 412. Voy. en sens contraire : Duranton, IV, 286 ; Duvergier, I, 73 ; Taulier, VI, 228.

[3] Crim. cass., 5 avril 1866, Sir., 66, 1, 412. Cpr. Toullier, IV, 21 ; Troplong, I, 162 ; Crim. cass., 9 avril 1836, Sir., 36, 1, 844 ; Angers, 20 janvier 1836, Sir., 38, 2, 269. Voy. cep. Riom, 22 décembre 1864, Sir., 65, 2, 270.

pêche. Il en serait cependant autrement, si ce droit devait, en tant qu'objet d'utilité ou d'agrément, être considéré comme compris dans la location[4].

2° Sous les restrictions résultant de l'art. 1728, et qui seront développées au § 367, le preneur est autorisé à faire exécuter, sur la chose louée, les travaux ou ouvrages propres à en augmenter l'utilité, l'agrément ou les produits.

Lorsque, dans ce but, il a fait des plantations ou des constructions, ou apporté des modifications au mécanisme d'une usine, il peut, en cours de bail, enlever ces plantations et constructions, ou rétablir l'ancien mécanisme, sans que le bailleur soit autorisé à s'y opposer en se fondant sur le droit d'accession[5].

Que si le preneur avait laissé subsister jusqu'à la fin du bail les travaux et ouvrages par lui exécutés, sa position vis-à-vis du bailleur se déterminerait d'après les règles exposées au § 204[6].

3° Quelles que soient la durée et l'étendue du droit de jouissance du preneur, il ne constitue jamais qu'un droit personnel[7].

[4] Troplong, I, 163. Marcadé, *loc. cit.* Rouen, 13 juin 1844, Sir., 44, 2, 329. Voy. en sens contraire : Proudhon, *Du domaine public*, IV, 1251 ; Duvergier, I, 75 ; Daviel, *Des cours d'eau*, n° 685.

[5] La seule manière de concilier les droits que le bail confère au preneur avec le droit d'accession compétent au propriétaire, est de n'admettre l'exercice de ce dernier droit que sur l'état de choses existant à la fin du bail. Req. rej., 22 novembre 1864, Sir., 65, 1, 41.

[6] Voy. § 204, texte n° 1, notes 20 et 21.

[7] *Non obstat*, art. 1743. M. Troplong (II, 491 à 496) enseigne que le droit du preneur, qui, d'après le Droit romain, maintenu par notre ancienne jurisprudence pour les baux du moins ne dépassant pas neuf années, n'était qu'un droit personnel, a été transformé en un droit réel par l'article précité. Pour réfuter cette manière de voir, il suffirait de faire remarquer que l'obligation de maintenir le bail n'est pas imposée à tout détenteur ou possesseur de la chose louée, et ne pèse que sur les ayants cause du bailleur. Mais ce qui est complétement décisif sur la question, c'est la disposition sur l'art. 1727, aux termes duquel le preneur, recherché par un tiers en délaissement de la chose louée, est tenu d'appeler le bailleur en garantie, et doit, s'il l'exige, être mis hors de cause. Il est, en effet, évident que si le droit de jouissance résultant du bail était un droit réel, le preneur aurait qualité pour le défendre, sans avoir besoin d'appeler le bailleur en garantie, et ne pourrait pas, d'un autre côté, demander son licenciement de la cause. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Delvincourt, III, p. 198 et 199 ; Toullier, III, 388, VI, 435 ; Duranton, IV, 73 et XVII, 139 ; Proudhon, *De l'usufruit*, I, 102 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 3032 ; Duvergier, I, 28 et 279 ; d'Hauthuille,

Il en résulte que les contestations qui peuvent s'élever entre le bailleur et le preneur doivent en principe, et sauf l'application des dispositions de l'art. 3 du Code de procédure, être portées devant le tribunal du domicile du défendeur, conformément à la règle *Actor sequitur forum rei*[8].

Le droit du preneur, n'étant que personnel, et, par suite, simplement mobilier, alors même qu'il porte sur des immeubles, n'est pas susceptible de quasi-possession, et ne peut, par conséquent, former l'objet d'une action possessoire proprement dite. La détention de la chose louée ne peut donner ouverture, en faveur du preneur, qu'à une action en réintégrande, lorsqu'il en a été dépouillé par voie de fait[9].

Bien que le droit du preneur ne soit qu'un droit personnel et mobilier, il n'en est pas moins opposable, dans une certaine mesure, aux ayants cause du bailleur[10]. Ainsi, il peut être opposé à l'acquéreur de la chose louée ou à un preneur subséquent, pourvu que le bail ait acquis date certaine avant la vente ou avant la passation de la nouvelle location[11]. Il en est ainsi, alors même que le preneur

De la révision du régime hypothécaire, p. 121 ; Ferry, *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 609 et 649 ; 1842, IX, p. 123 ; Marcadé, sur l'art. 526, n° 5 ; Valette, *Des priviléges et des hypothèques*, I, p. 195 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, I, 337 ; Odier, *Du contrat de mariage*, I, 84 ; Demolombe, IX, 492 et 493 ; Flandin, *De la transcription*, I, 196 ; Grenoble, 21 janvier 1860, Sir., 61, 2, 126 ; Req. rej , 6 mars 1861, Sir., 61, 1, 713, et les arrêts cités en tête de la note suivante. Voy. dans le sens de M. Troplong : De Fréminville, *De la minorité*, I, 528 ; Bélime, *De la possession*, n° 309 ; Jozon, *Revue pratique*, 1865, XX, p. 358 ; Rozy, *Revue pratique*, 1865, XX, p. 488 ; Paris, 24 juin 1858, Sir., 59, 2, 146 ; Paris, 29 mars 1860, Sir., 60, 2, 122 ; Paris, 8 juillet 1861, Sir., 62, 2, 274.

[8] Req. rej., 14 novembre 1832, Sir., 33, 1, 32. Caen, 24 janvier 1848, Sir., 49, 2, 533. Bourges, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 638. Civ. cass., 21 février 1865, Sir., 65, 1, 113. Voy. en sens contraire : Rouen, 30 juillet 1855, Sir., 56, 2, 565 ; Paris, 12 mai 1858, Sir., 58, 2, 263.

[9] Cpr. § 165, texte n° 2, lett. *d* et note 19 ; § 178 ; § 187, texte n° 1 ; § 189, texte et note 3.

[10] La position du preneur vis-à-vis des créanciers du bailleur, qui ont frappé de saisie l'immeuble loué, est spécialement réglée par l'art. 684 du Code de procédure. Voy. à cet égard : § 286, texte n° 1, lett. *a*.

[11] Art. 1743 et arg. de cet art. Voy. pour l'explication de l'art. 1743 : § 369, texte *in fine*.

n'est pas entré en jouissance de la chose louée antérieurement à ces actes [12].

Ces propositions, toutefois, ne s'appliquent d'une manière absolue qu'aux baux de 18 années ou au-dessous. Quant aux baux de plus de 18 ans, ils ne sont opposables, pour une durée excédant ce terme, aux tiers qui ont acquis sur l'immeuble loué des droits sujets à transcription, qu'autant qu'ils ont été transcrits dès avant la transcription des actes passés par le bailleur au profit de ces tiers [13].

A un autre point de vue, et en tant que ne constituant de sa nature qu'un acte d'administration, le bail peut encore être opposé à des tiers, en ce sens qu'il est des cas où le propriétaire, en reprenant la possession et l'administration de sa chose, est tenu de respecter les baux existants, passés sans fraude [14].

4° Indépendamment des actions qui peuvent lui compéter contre le bailleur, le preneur jouit, en son nom personnel, contre les tiers qui, sans prétendre aucun droit sur la chose louée, le troubleraient dans sa jouissance d'une action en réparation du dommage à lui causé. Art. 1725.

§ 366.

Des obligations du bailleur.

Le bailleur est tenu, par la nature même du louage, de faire jouir le preneur. Cette obligation comprend les obligations spéciales ci-après indiquées :

1° Le bailleur doit délivrer au preneur la chose louée, avec les accessoires qui en dépendaient au moment de la passation du bail, et dans un état tel qu'elle soit propre à l'usage pour lequel elle a été louée. Art. 1719, n° 1. Il doit, à cet effet, lever tous les obsta-

[12] Voy. pour le cas de vente, § 369, texte et note 39. Quant à l'hypothèse de baux successivement consentis au profit de deux personnes différentes, Zachariæ (§ 362, note 3) enseigne, par argument de l'art. 1141, que la préférence est due à celui des preneurs qui, le premier, est entré en jouissance de la chose louée. Mais c'est là une application évidemment erronée de l'art. 1141, qui, d'après son texte même, ne concerne que les ventes de choses mobilières corporelles. Marcadé, sur l'art. 1743, n° 3.

[13] Voy. pour le développement de cette proposition : § 174, texte et notes 16 à 21.

[14] Art. 1673 et arg. de cet article. Cpr. § 220 *bis*, texte et note 12 ; § 302, texte n° 4, lett. *a*, note 47, et lett. *b*, note 75, § 369, texte, n°s 4 et 5.

cles que des tiers opposeraient, quoique par simple voie de fait[1], à l'entrée en jouissance du preneur, et faire à la chose louée toutes les réparations, même purement locatives, qui sont nécessaires au moment de la délivrance[2]. Art. 1720, al. 1.

Lorsque le bailleur est en retard d'exécuter de pareilles réparations, ou des travaux qu'il s'était engagé à faire, le preneur est, indépendamment de toute mise en demeure, autorisé à retenir une portion de loyer correspondante à la moins-value locative résultant de l'inexécution de ces travaux ou réparations[3].

2° Le bailleur doit, pendant la durée du bail, entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et, par conséquent, faire exécuter à ses frais toutes les réparations que cette destination peut nécessiter, à l'exception seulement des réparations locatives et de celles qu'une clause particulière du contrat a mises à la charge du preneur. Art. 1719, al. 2, et art. 1720, al. 2.

Il en est ainsi dans le cas même où ces réparations ont été nécessitées par un cas fortuit, qui, d'ailleurs, n'a pas entraîné une destruction partielle de la chose louée, considérée dans son ensemble. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, s'il s'agissait de rétablir une cheminée enlevée par le vent, ou une toiture endommagée par un incendie[4]. Mais, en cas de destruction d'une portion notable de la chose louée, le bailleur ne peut être contraint à la reconstruire, sauf au preneur à user de l'option que lui donne l'art. 1722[5].

[1] *Nec obstat* art. 1725 : Arg. art. 1719, al. 1 et 3. L'obligation du bailleur est, sous ce rapport, beaucoup plus étendue que celle du vendeur. Cpr. art. 1605 et 1606 ; § 299, note 6. Duvergier, I, 277. Troplong, II, 262. Marcadé, sur les art. 1725 à 1727, n° 1. Req. rej., 7 juin 1837, Sir., 37, 1, 970. Voy. aussi : Req. rej., 7 novembre 1827, Sir., 28, 2, 184 ; Civ. rej., 16 mars 1853, Sir., 53, 1, 361. Voy. en sens contraire : Nîmes, 26 juin 1806, Sir., 6, 2, 280.

[2] Sous ce rapport encore, le bailleur est soumis à une obligation plus étendue que le vendeur. Cpr. § 299, note 6.

[3] Douai, 24 mars 1847, Sir., 48, 2, 190. Pau, 17 mai 1865, Sir., 65, 2, 199. Cpr. Dijon, 28 décembre 1857, Sir., 58, 2, 411. Voy. cep. Douai, 7 mai 1856, Sir., 57, 2, 209.

[4] L'art. 1722 est évidemment inapplicable à de pareilles hypothèses, dans lesquelles on ne peut pas dire que la chose louée se trouve *partiellement détruite*. Marcadé, sur l'art. 1722, n° 1.

[5] Marcadé, *loc. cit.* Paris, 5 mai 1826, Sir., 28, 2, 18. Paris, 27 juillet 1850, Sir., 52, 2, 404. Douai, 21 mai 1852, Sir., 53. 2, 57. Voy. en sens

Si des réparations à la charge du bailleur deviennent nécessaires pendant la durée du bail, le preneur peut, après l'en avoir averti, et sur son refus d'y procéder, se faire autoriser à les exécuter aux frais de celui-ci. L'avertissement préalable et l'autorisation de justice ne sont même pas de rigueur absolue; et le preneur qui, sans s'être mis en règle sous ce rapport, aurait fait des réparations indispensables à la chose louée, n'en serait pas moins en droit de répéter, dans de justes limites, les dépenses occasionnées par ces réparations[6].

3° Le bailleur est tenu de procurer au preneur la jouissance complète et paisible des avantages que le bail devait assurer à ce dernier. Art. 1719, n° 3. De là découlent les conséquences suivantes :

a. Le bailleur doit s'abstenir de tout fait de nature à priver le preneur d'une partie plus ou moins notable de ces avantages[7]. C'est ainsi spécialement qu'il ne pourrait pas, après avoir loué une usine ou une partie de bâtiment préparée pour l'exploitation d'une industrie déterminée, créer dans le voisinage un établissement rival[8]. Mais la seule circonstance que, dans le bail d'une partie de

contraire : Troplong, II, 219 et 220. Suivant cet auteur, le preneur, en optant, au cas de destruction partielle de la chose louée, pour le maintien du bail, aurait toujours le droit de contraindre le bailleur à faire les travaux nécessaires pour remettre cette chose en état de servir à sa destination. Mais les exemples qu'il cite, et que nous avons nous-mêmes indiqués au texte dans la proposition précédente, prouvent qu'il n'a pas suffisamment distingué entre le cas de simples réparations et le cas de reconstruction partielle. Cpr. Duvergier, I, 523 et 524. Cet auteur, tout en admettant la proposition énoncée au texte, en écarte l'application au cas où la maison louée, partiellement détruite par un incendie, se trouvait assurée. Cette opinion repose sur la supposition erronée que l'indemnité payée par l'assureur est la représentation de ce qui a été détruit.

[6] Pothier, n°s 129 et suiv. Duranton, IV, 381, et XVII, 221. Troplong, II, 351. Marcadé, sur les art. 1730 et 1731, n° 1. Douai, 23 mars 1842, Sir., 42, 2, 482.

[7] Voy. sur l'application de ce principe : Paris, 11 août 1854, Sir., 55, 2, 531 ; Lyon, 10 août 1855, Sir., 55, 2, 620 ; Paris, 8 janvier 1856, Sir., 57, 2, 222 ; Paris, 19 juillet 1856, Sir., 56, 2, 436 ; Paris, 28 février 1869, et Rouen, 12 avril 1869, Sir., 69, 2, 176 ; ainsi que les différents arrêts de la Cour de Paris rapportés au *Recueil général des lois et arrêts*, Sir., 57, 2, 500 et suiv.

[8] Montpellier, 26 juillet 1844, Sir., 44, 2, 477. Aix, 6 août 1862, Sir., 63, 2, 223. Lyon, 3 décembre 1864, Sir., 65, 2, 131. Cpr. Req. rej., 1er décembre 1863, Sir., 64, 1, 25.

maison, il aurait été énoncé que le preneur se proposait d'y établir une industrie à laquelle elle n'avait pas été antérieurement affectée, ne priverait pas le bailleur de la faculté de louer une autre partie de la même maison pour l'exercice d'une industrie similaire [9], à moins que le contraire ne dût être admis en vertu de la commune intention des parties, appréciée d'après les clauses du bail et les circonstances dans lesquelles il a été conclu.

Le bailleur est, du reste, autorisé à faire exécuter les réparations devenues nécessaires au cours du bail, et qui ne pourraient, sans de graves inconvénients, être différées jusqu'à son expiration, à charge d'en prévenir le preneur, et de faire constater, en cas d'opposition de ce dernier, l'urgence de ces réparations [10]. Le preneur, obligé de les souffrir, n'a droit à aucun dédommagement à raison soit de l'incommodité qu'il en éprouve, soit de la privation momentanée de la jouissance de tout ou partie de la chose louée. Si cependant la privation de jouissance se prolongeait au delà de 40 jours, le preneur serait en droit de demander une diminution de prix, proportionnée à la partie de la chose dont il a été privé et au temps pendant lequel ont duré les réparations. Il pourrait même demander la résiliation du bail, si les réparations devaient rendre inhabitable une partie notable des localités nécessaires à son logement et à celui de sa famille [11]. Art. 1724.

[9] Cette hypothèse diffère complétement de la précédente, puisqu'il ne s'agit plus du bail de locaux affectés à une destination spéciale, pour laquelle ils avaient été préparés par le bailleur, mais de la simple location d'un bâtiment comme tel. Paris, 8 mai 1862, Sir., 62, 2, 276. Bordeaux, 17 avril 1863, Sir., 63, 2, 222. Paris, 12 mars 1864 et 15 juin 1864, Sir., 64, 2, 257. Rennes, 8 mai 1863, Sir., 64, 2, 257. Civ. rej., 6 novembre 1867, Sir., 67, 1, 421. Req. rej., 29 janvier 1868, Sir., 68, 1, 116. Metz, 26 novembre 1868, Sir., 69, 2, 175. Cpr. Req. rej., 1er décembre 1863, Sir., 64, 1, 25. Voy. en sens contraire : Nîmes, 31 décembre 1855, Sir., 57, 2, 164 ; Paris, 5 novembre 1859, Sir., 59, 2, 649 ; Bordeaux, 2 août 1860, Sir., 61, 2, 124 ; Paris, 8 juillet 1861, Sir., 62, 2, 274 ; Paris, 12 mars 1863, Sir., 63, 2, 221 ; Toulouse, 14 mars 1864, Sir., 64, 2, 28 ; Paris, 27 janvier 1864, Sir., 64, 2, 258 ; Grenoble, 26 juin 1866, Sir., 67, 2, 54.

[10] Pothier, n° 79. Duvergier, I, 298. — Si, à défaut d'avertissement préalable, le preneur n'avait pas été mis en demeure de prendre les mesures nécessaires pour garantir ses meubles ou marchandises, il pourrait avoir droit à une indemnité pour les détériorations que ces objets auraient éprouvées. Angers, 4 août 1847, Sir., 48, 2, 378. Cpr. Troplong, II, 248.

[11] Paris, 14 avril 1862, Sir., 62, 2, 278.

b. Il est interdit au bailleur de changer la forme de la chose louée, lors même qu'il aurait le plus grand intérêt à le faire, et que les changements qu'il se propose d'exécuter ne causeraient aucun dommage réel au preneur [12]. Art. 1723. Que si les changements projetés ne devaient pas porter sur la chose louée elle-même, mais seulement sur ses accessoires, le bailleur serait autorisé à les effectuer, pourvu qu'ils ne fussent pas de nature à causer un dommage sensible au preneur [13].

c. Le bailleur répond des vices ou défauts de nature à empêcher l'usage de la chose louée, alors même qu'il ne les aurait pas connus, ou qu'ils ne seraient survenus que dans le cours du bail. Art. 1721, al. 1. Ces défauts autorisent le preneur à demander une diminution de prix, ou, suivant les cas, la résiliation du contrat [14]. Que si de pareils défauts, existants déjà lors de la passation du bail [15], avaient occasionné au preneur, indépendamment de la diminution de jouissance, quelque perte matérielle, par exemple des détériorations dans ses meubles, il aurait droit, en outre, à des dommages-intérêts, que ces défauts aient ou non été connus du bailleur [16]. Art. 1721, al. 2.

[12] Le tempérament que Pothier (n° 75) avait admis à cet égard, doit être rejeté en présence de la disposition absolue de l'art. 1723, disposition qui est d'ailleurs parfaitement conforme à la nature du bail. En abandonnant la jouissance de sa chose au preneur, le bailleur renonce par cela même à la faculté d'en changer la forme. Duranton, XVII, 66. Duvergier, I, 307. Troplong, II, 244.

[13] Cpr. Paris, 20 février 1843, Sir., 43, 2, 125 ; Paris, 9 janvier 1844, Sir., 44, 2, 70 ; Paris, 12 janvier 1856, Sir., 57, 2, 168 ; Aix, 21 janvier 1864, Sir., 64, 2, 157.

[14] Caen, 1er mai 1868, Sir., 69, 2, 132.

[15] Le bailleur n'est pas passible de dommages-intérêts en raison des pertes que la chose louée peut avoir occasionnées au preneur, par suite de défauts qui n'y sont survenus que depuis le bail. De pareils défauts ne peuvent donner lieu qu'à une diminution de prix ou à la résiliation du contrat. Pothier, n° 117. Duvergier, I, 344.

[16] La loi n'admet pas, en fait de louage, la distinction établie, en matière de vente, par les art. 1645 et 1646. La raison en est que celui qui loue une chose pour un usage convenu, doit savoir si elle y est propre, et se trouve ainsi responsable, non-seulement de cet usage, mais encore des conséquences qui peuvent en résulter. Delvincourt, III, p. 191. Zachariæ, § 366, texte et note 3. Civ. rej., 30 mai 1837, Sir., 37, 1, 602. Bastia, 7 mars 1854, Sir., 54, 2, 165. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 63 ; Duvergier, I, 341 ; Troplong, II, 194 ; Taulier, VI, 230 ; Marcadé, sur l'art. 1721, n° 3. L'opinion de

Mais ce dernier n'est aucunement responsable des causes qui, sans empêcher l'usage de la chose louée, ont seulement pour effet de la rendre moins commode [17]. Il ne répond pas davantage des inconvénients naturels, inhérents à la chose louée ou à sa situation, surtout lorsque ces inconvénients sont de notoriété publique. C'est ainsi que le bailleur d'une usine ou d'une cave n'est passible ni de dommages-intérêts, ni même d'une réduction de loyers, lorsque le volume du cours d'eau, constituant la force motrice de l'usine, a été diminué par suite de sécheresse, ou lorsque la cave a subi une inondation à laquelle elle se trouvait exposée par sa situation [18].

d. Le bailleur répond des entraves apportées à l'usage ou à la jouissance de la chose louée par des actes rentrant dans l'exercice des pouvoirs qui appartiennent à l'administration [19], et notamment par suite de travaux de nivellement ou autres qu'elle a fait exécuter [20], ou par l'effet du chômage temporaire d'une usine qu'elle a prescrit, à supposer d'ailleurs que cette mesure n'ait pas été provoquée par un abus de jouissance de la part du pre-

ces auteurs, qui affranchissent le bailleur de tous dommages-intérêts lorsqu'il s'agit de défauts dont il ignorait l'existence, est repoussée par le texte même de l'art. 1721, dont le second alinéa, qui commence par les mots *s'il résulte de ces vices ou défauts*, se relie d'une manière intime avec le premier. Elle repose, d'un autre côté, sur une confusion évidente entre les fautes contractuelles et les quasi-délits. Elle est enfin contraire à l'art. 1150, qui soumet à des dommages-intérêts, pour cause d'inexécution de ses engagements, le débiteur même de bonne foi, et qui ne tient compte de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur que pour déterminer l'étendue de sa responsabilité. Nous comprenons, toutefois, qne la règle posée au texte devrait être appliquée avec un certain tempérament, s'il était question de défauts dont le bailleur n'aurait pas même pu présumer l'existence. Cpr. Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. IV, sect. 3, n° 8; Pothier, n°s 116 et suiv.

[17] Pothier, n° 110. Colmar, 14 novembre 1825, Sir., 26, 2, 182. Cpr. cep. Duvergier, I, 339.

[18] Duvergier, I, 343. Troplong, II, 198 et 235. Rouen, 21 juillet 1838, Sir., 39, 2, 94. Nîmes, 1er juin 1839, Sir., 41, 2, 132. Bordeaux, 28 mai 1842, Sir., 42, 2, 15. Paris, 23 janvier 1849, Sir., 49, 2, 77.

[19] L'art. 1725 ne s'applique pas à l'hypothèse prévue au texte. Voy. les arrêts cités aux deux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 366, note 7, *in fine*. Cpr. aussi : Paris, 18 mars 1864, Sir., 64, 2, 200.

[20] Angers, 17 juillet 1855, Sir., 56, 2, 167. Paris, 24 novembre 1858, Sir., 59, 2, 349. Req. rej., 17 août 1859, Sir., 60, 1, 453. Paris, 7 février 1868, Sir., 69, 2, 227. Cpr. cep. Paris, 18 mars 1864, Sir., 64, 2, 200.

neur[21]. Il en serait autrement, et toute responsabilité du bailleur cesserait, si l'administration avait procédé d'une manière illégale, sauf au preneur à se pourvoir contre elle pour réclamer l'indemnité qui pourrait lui être due[22].

La responsabilité du bailleur est également engagée lorsque la jouissance du preneur se trouve entravée par des actes que des tiers ont accomplis dans la limite de leurs droits. C'est ce qui a lieu lorsque le preneur est troublé par des travaux de démolition et de réédification d'un mur mitoyen, exécutés à la demande du copropriétaire de ce mur[23], ou lorsqu'il se trouve privé, par suite de constructions qu'un voisin a fait élever, du jour indispensable à l'usage auquel les localités louées étaient affectées[24].

Dans les divers cas où la responsabilité du bailleur se trouve ainsi engagée, le preneur est autorisé à demander, selon les circonstances, soit une simple réduction temporaire du loyer, soit les travaux nécessaires pour faire cesser les empêchements apportés à sa jouissance, avec une indemnité pour le dommage qui lui a été causé[25], soit même la résiliation du bail avec dommages-intérêts pour le préjudice déjà éprouvé, mais sans indemnité pour l'avenir[26].

En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, la position du preneur vis-à-vis du bailleur et de l'expropriant est spécialement réglée par les art. 21, 23 et 39 de la loi du 3 mai 1841.

e. Le bailleur est tenu de défendre et, s'il y a lieu, d'indemniser le preneur, lorsque celui-ci est actionné en justice par des tiers qui réclament, sur la chose louée, un droit de propriété, de servi-

[21] Nancy, 17 mai 1837, Sir., 39, 2, 164. Voy. aussi : Dijon, 12 décembre 1866, Sir., 67, 2, 183. Cpr. Colmar, 20 novembre 1816, Sir., 18, 2, 171.

[22] Dans cette hypothèse, l'acte de l'administration constitue un trouble par voie de fait, auquel s'applique l'art. 1725. Paris, 1er décembre 1864, Sir., 65, 2, 136. Req. rej., 16 mai 1866, Sir., 66, 1, 286.

[23] Paris, 19 juillet 1848, Sir., 48, 2, 463. Paris, 14 avril 1862, Sir., 62, 2, 277. Paris, 24 novembre 1864, Sir., 65, 2, 77. Paris, 30 décembre 1864, Sir., 65, 2, 133.

[24] Pothier, n° 113. Req. rej., 11 mai 1847, Sir., 47, 1, 833. Paris, 13 juin 1849, Sir., 49, 2, 471. Paris, 24 décembre 1859, *Pal.*, 1860, 663. Rennes, 12 août 1864, Sir., 64, 2, 15.

[25] Req. rej., 17 août 1859, Sir., 60, 1, 453. Paris, 30 décembre 1864, Sir., 65, 2, 133. Aix, 24 mars 1865, Sir., 65, 2, 230.

[26] Rennes, 12 août 1864, Sir., 66, 2, 15. Cpr. Paris, 11 janvier 1866, Sir., 66, 2, 150.

tude ou d'usage, ou lorsqu'il a été troublé dans la jouissance de la chose louée, et que, sur l'action en dommages-intérêts dirigée contre les auteurs du trouble, ceux-ci excipent d'un droit qui, en le supposant existant, les autorisait à agir comme ils l'ont fait. Art. 1727[27]. Au premier cas, le preneur doit, s'il l'exige, être mis hors de cause en nommant le bailleur pour lequel il possède, encore que ce dernier refuse de prendre son fait et cause[28]. Au second cas, le preneur n'a plus qualité pour poursuivre l'instance ; son droit se borne à appeler en cause le bailleur, afin d'exercer contre lui le recours en garantie auquel il a droit[29].

Le preneur peut exercer ce recours pour obtenir la réparation du dommage que le trouble lui a causé, alors même que le bailleur parviendrait à le faire cesser. Art. 1626.

Que si ce dernier ne réussit pas à faire rejeter les prétentions élevées par des tiers sur la chose louée, et que le preneur se trouve privé de la jouissance d'une partie de cette chose[30], il est fondé à réclamer une diminution du prix, ou, selon les circonstances, à demander la résiliation du bail[31]. Le preneur a même droit à des dommages-intérêts, dont la quotité se détermine d'après les règles générales exposées au § 308.

Du reste, le preneur est déchu de tout recours en garantie lorsqu'il a négligé de dénoncer au bailleur le trouble ou l'empêchement[32], à moins qu'il ne parvienne à démontrer que le bailleur n'aurait eu aucun moyen de le faire cesser[33], ou que ce dernier n'ait obtenu des dommages-intérêts contre les auteurs du trouble[34].

Le bailleur n'est pas tenu à garantie pour de simples voies de

27 La disposition de cet article est étrangère au cas où le fermier est actionné pour des faits qui lui sont personnels. Zachariæ, § 364, texte et note 12. Req. rej., 19 novembre 1828, Sir., 29, 1, 110.

28 Req. rej., 7 juin 1836, Sir., 37, 1, 134.

29 Req. rej., 6 août 1841, Sir., 41, 1, 852.

30 Cpr. sur le cas où le preneur se trouve privé en totalité de la jouissance de la chose louée, par suite de l'éviction intégrale du bailleur : § 369, texte n° 4.

31 Arg. art. 1636. Delvincourt, sur l'art. 1726. Zachariæ, § 366, texte et note 9.

32 Le preneur, qui, après avoir négligé pendant quelque temps de dénoncer le trouble au bailleur, lui en ferait plus tard la dénonciation, aurait droit, sauf l'application de l'art. 1768, à une indemnité pour l'avenir.

33 Arg. art. 1640. Delvincourt, III, p. 190. Duvergier, I, 323.

34 Req. rej., 1er décembre 1825, Sir., 26, 1, 171.

fait, commises par des tiers qui n'élèvent aucune prétention à la propriété ou à la jouissance de la chose louée. Art. 1725. Le preneur n'a d'action, en pareil cas, que contre les auteurs des voies de fait; et ces derniers fussent-ils inconnus ou insolvables, il ne serait pas fondé à réclamer contre le bailleur, soit une indemnité, soit une diminution de prix[35].

§ 367.

Des obligations du preneur.

1° Le preneur est tenu d'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination exprimée au bail, ou indiquée par les circonstances[1]. Art. 1728, n° 1.

C'est ainsi que le preneur de localités affectées à l'exercice d'un commerce déterminé, ou à l'exploitation d'une auberge ou d'un café, doit continuer ce commerce ou cette exploitation jusqu'à la fin du bail[2]. C'est ainsi encore que le locataire d'une usine doit la maintenir dans un état convenable de roulement[3].

D'un autre côté, le preneur d'une maison jusqu'alors habitée bourgeoisement ne peut la sous-louer à un cercle ou la convertir en hôtel garni[4], ni, à plus forte raison, y installer un établissement de prostitution[5].

[35] La première rédaction de l'art. 1725 réservait au preneur, conformément à l'ancienne jurisprudence, le droit de demander une diminution de prix. Mais la partie de cet article qui consacrait ce droit fut retranchée par suite de la discussion au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, XIX, p. 317, art. 2, et p. 340, n° 22). Duvergier, I, 315. Cpr. cep. Paris, 11 mars 1834, Sir., 34, 2, 179.

[1] Le Code Napoléon s'en est entièrement remis à cet égard à l'arbitrage des tribunaux, qui, pour apprécier l'intention des parties sur la destination de la chose louée, doivent principalement s'attacher à la profession du preneur, et à l'usage auquel cette chose a précédemment servi. Pothier, n° 189. Delvincourt, sur l'art. 1723. Duvergier, I, 396. Zachariæ, § 367, note 2, *in fine*. Cpr. Douai, 18 août 1864, Sir., 67, 2, 183.

[2] Pothier, n° 189. Duvergier, I, 403. Troplong, II, 309. Paris, 28 avril 1810, Sir., 12, 2, 378. Rennes, 17 mars 1834, Sir., 34, 2, 596. Voy. cep. Lyon, 26 mai 1824, Sir., 25, 2, 81; Orléans, 19 mai 1865, Sir., 65, 2, 159.

[3] Besançon, 4 juin 1846, Sir., 47, 2, 534.

[4] Bordeaux, 16 mars 1828, Sir., 28, 2, 170. Aix, 31 janvier 1833, Sir., 33, 2, 485. Paris, 23 janvier 1869, Sir., 69, 2, 34.

[5] Lyon, 6 février 1833, Sir., 33, 2, 392. Cpr. Req. rej., 19 mars 1835, Sir., 35, 1, 186.

De même, le locataire d'un atelier ne peut, en général, substituer une machine à vapeur au moteur précédemment employé[6].

Enfin le locataire d'une maison d'habitation, et même celui d'un établissement industriel ou d'un magasin, ne peuvent y introduire l'éclairage au gaz, à moins que, d'après l'usage constant de la localité, le bailleur ne doive être présumé y avoir tacitement consenti[7].

Lorsque le preneur emploie la chose louée à un usage autre que celui auquel elle est destinée, ou n'en use pas en bon père de famille, et que, par une jouissance abusive sous l'un ou l'autre rapport, il cause préjudice au bailleur, celui-ci peut demander le rétablissement des choses dans leur état normal, et, suivant les circonstances, la résiliation du bail avec dommages-intérêts. Art. 1729[8]. Mais, à moins de circonstances particulières d'où serait résulté pour lui un dommage actuel, non réparable au cours du bail, le bailleur qui ne provoquerait pas l'une ou l'autre des mesures ci-dessus indiquées serait non recevable à former, avant son expiration, une action principale ayant uniquement pour objet l'allocation d'une indemnité[9].

Si les contraventions commises par le preneur étaient de telle nature qu'elles constituassent un délit de Droit criminel, la circonstance qu'elles formeraient en même temps des infractions à la loi du contrat, n'écarterait pas l'application de la loi pénale et la compétence des tribunaux de justice répressive. C'est ce qui aurait lieu notamment si un fermier s'était rendu coupable du délit prévu par l'art. 445 du Code pénal, en abattant, sur le fonds

[6] Lyon, 26 janvier 1847, Sir., 47, 2, 536. Lyon, 6 janvier 1852, Sir., 53, 2, 109. Rouen, 24 juillet 1856, Sir., 57, 2, 143. Cpr. cep. Dijon, 3 décembre 1860, Sir., 61, 2, 588; Paris, 8 novembre 1866, Sir., 67, 2, 289.

[7] Cpr. Paris, 22 décembre 1851, Sir., 52, 2, 115; Dijon, 3 décembre 1860, Sir., 61, 2, 588; Paris, 29 novembre 1862, Sir., 63, 2, 32; Paris, 22 décembre 1864, Sir., 65, 2, 134.

[8] L'art. 1729 est rédigé d'une manière incomplète; mais il est évident qu'il a pour but de sanctionner la double obligation imposée au preneur par le n° 1 de l'art. 1728.

[9] Arg. art. 1731. Si le bailleur pouvait, à raison de dégradations susceptibles d'être réparées en cours de bail, obtenir immédiatement une indemnité, il s'enrichirait aux dépens du preneur, qui resterait toujours soumis à l'obligation que lui impose cet article. Nîmes, 22 mai 1855, Sir., 55, 2, 772. Caen, 6 juin 1857, Sir., 58, 2, 55.

affermé, des arbres qui existaient déjà au moment de la location[10]. En pareil cas, le bailleur pourrait immédiatement, et sans provoquer la résiliation du bail, réclamer les dommages-intérêts auxquels il aurait droit.

D'un autre côté, si le preneur n'avait pas exécuté les travaux mis à sa charge par une clause spéciale du bail, et qu'il fût résulté de l'inexécution de ces travaux un dommage actuel pour le bailleur, celui-ci serait aussi autorisé à l'actionner immédiatement en dommages-intérêts[11].

2° Le preneur est tenu de payer le loyer ou fermage aux époques convenues, et, en l'absence de convention expresse à cet égard, aux époques indiquées par l'usage des lieux[12]. Art. 1728, al. 2.

Le preneur, quoique obligé envers l'État au paiement de la contribution foncière, n'en est pas tenu, sauf convention contraire, vis-à-vis du bailleur, auquel il peut porter en déduction de son prix le montant de la contribution foncière qu'il aurait payé[13].

Mais le preneur est, à moins de convention ou d'usage contraire[14], tenu des contributions des portes et fenêtres, même au regard du bailleur, qui aurait son recours contre lui, s'il avait été obligé de les payer[15].

Quant aux impositions extraordinaires dont l'immeuble loué serait frappé en cours du bail, elles restent, à moins de clause contraire, à la charge du bailleur[16].

Les frais et loyaux coûts du bail sont, sauf stipulation contraire, à la charge du preneur[17]. Arg. art. 1593.

[10] Crim. cass., 13 juin 1818, Sir., 21, 1, 258. Metz, 1er mai 1819, Sir., 19, 2, 327.

[11] Req. rej., 26 décembre 1858, Sir., 60, 1, 66. Cpr. Rennes, 9 juin 1864, Sir., 65, 2, 259.

[12] Delvincourt, sur l'art. 1728. Marcadé, sur l'art. 1728, n° 2. Zachariæ, § 367, note 16.

[13] Loi du 3 frimaire an VII, art. 147. Cpr. Paris, 15 décembre 1865, Sir., 66, 2, 83.

[14] Req. rej., 23 mars 1869, Sir., 69, 1, 241.

[15] Loi du 4 frimaire an VII, art. 12. Merlin, *Quest.*, v° Contributions des portes et fenêtres. Duranton, XVII, 75. Civ. cass., 26 octobre 1814, Sir., 15, 1, 244.

[16] Pothier, n°s 211 et suiv. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 4.

[17] Arg. art. 1593. Cpr. Req. rej., 19 janvier 1863, Sir., 63, 1, 185.

3° Le preneur est tenu d'apporter à la conservation de la chose louée tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1728, n° 1.

Il répond, non-seulement de ses fautes, mais encore de celles de ses sous-locataires, ainsi que de celles des membres de sa famille habitant avec lui, de ses hôtes, de ses domestiques et ouvriers[18]. Art. 1735. Il répond même du dommage qui serait la suite d'entreprises ou d'usurpations commises par des tiers, lorsqu'il ne les a pas dénoncées au bailleur en temps utile[19]. Cpr. art. 614.

Le preneur est, en général, admis à se soustraire à la responsabilité qui pèse sur lui, à raison de la perte de la chose louée ou des détériorations qu'elle a subies, non-seulement en prouvant que la perte ou les détériorations proviennent d'une cause qui lui est étrangère, mais encore en démontrant qu'il a apporté à la conservation de la chose louée tous les soins qu'il devait y donner. Art. 1732.

Mais, en cas d'incendie d'un bâtiment loué[20], la loi limite les moyens de justification du preneur, dont la responsabilité ne cesse qu'autant qu'il prouve, ou que l'incendie est arrivé par cas fortuit, force majeure, vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine[21]. Art. 1733.

[18] Toutes ces personnes se trouvent comprises, dans l'art. 1735, sous les expressions *personnes de sa maison*. Pothier, n° 193. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 3, n° 15. Maleville, sur l'art. 1735. Toullier, IX, 162 et 166. Duranton, XVII, 103 et 107. Marcadé, sur l'art. 1735. Zachariæ, § 367, note 3.

[19] Art. 1768, et arg. de cet article. L'art. 1768, placé sous la rubrique *des règles particulières aux baux à ferme*, doit, le cas échéant, être étendu, par voie d'analogie, aux baux à loyer. Zachariæ, § 367, note 4. Cpr. Civ. rej., 12 octobre 1814, Sir., 1, 15, 124.

[20] Les art. 1733 et 1734 s'appliquent au louage de toute espèce de bâtiments, d'un théâtre, par exemple, comme à celui d'une maison d'habitation. Duvergier, 1, 417. Cpr. cep. Paris, 18 avril 1836, Sir., 37, 2, 70.

[21] L'art. 1733 ne contient point une dérogation au Droit commun, en ce qu'il met à la charge du preneur l'obligation de prouver les faits tendant à faire cesser sa responsabilité. Les incendies, en effet, ne sont point par eux-mêmes, et nécessairement, des cas fortuits ou de force majeure. Ils sont plus fréquemment le résultat d'une imprudence ou d'un défaut de surveillance que d'un cas fortuit proprement dit : *Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium.* Il en résulte que le preneur, tenu de veiller à la conservation de la chose louée, et de justifier, le cas échéant, de l'accomplissement de cette obligation, ne peut décliner la responsabilité d'un incendie qu'en prouvant que cet événement provient d'une cause qui ne saurait lui être imputée à faute. La condition du locataire est,

Le preneur serait donc non recevable, soit à prétendre qu'il n'y a aucune faute à lui reprocher, parce qu'il aurait donné à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille, soit à exciper de circonstances autres que celles qui viennent d'être indiquées, lors même qu'elles tendraient à écarter tout soupçon de faute de sa part[22]. Ainsi, par exemple, le locataire ne pourrait invoquer comme moyen de justification la circonstance qu'il n'aurait pas, au moment de l'incendie, occupé le bâtiment incendié[23].

Lorsqu'une maison est louée à plusieurs locataires, ils sont tous solidairement responsables de l'incendie, à moins qu'ils ne prouvent que le feu a éclaté chez l'un d'eux, cas auquel celui-ci en est seul tenu, ou que l'un d'eux ne prouve que le feu n'a pu commencer chez lui, auquel cas la responsabilité ne pèse que sur les autres. Art. 1734.

La responsabilité solidaire qui pèse sur les différents locataires ne se divise pas nécessairement entre eux *pro portione virili ;* les

sous ce rapport, absolument la même que celle de toute personne obligée, en vertu de la loi ou d'une convention, à veiller à la conservation de la chose d'autrui. Mais si cet article ne renferme pas, à ce point de vue, une dérogation au Droit commun, il s'en écarte réellement, en ce que, pour donner au bailleur une garantie plus efficace, il restreint le cercle des moyens de justification du preneur. Et sous ce rapport, la disposition qu'il contient ne doit être appliquée qu'en matière de bail.

[22] Toullier, XI, 161. Marcadé, sur les art. 1733 et 1734, n° 1. Merger, *Revue pratique*, 1860, X, p. 136, n° 28, p. 138 et 139, n°s 36 et 37. Zachariæ, § 367, texte et note 8. Voy. en sens contraire : Duvergier, I, 435 ; Troplong, II, 382 ; Rouen, 16 janvier 1845, Sir., 45, 2, 473 ; Req. rej., 14 novembre 1853, Sir., 54, 1, 676 ; Metz, 21 décembre 1854, Sir., 55, 2, 121; Chambéry, 10 avril 1867, Sir., 67, 2, 212. Voy. aussi : Bordeaux, 18 mai 1865, Sir., 65, 2, 191. Cette dernière opinion nous paraît repoussée par les termes mêmes de l'art. 1733, qu'il est impossible de ne pas considérer comme restrictifs, surtout quand on compare la rédaction de cet article avec celle de l'art. 1732. D'ailleurs, cette hypothèse n'est pas la seule où le législateur ait cru devoir restreindre le cercle des moyens de justification du débiteur. Voy. art. 1784, 1953 et 1954 ; § 308, texte n° 2, *in fine*.

[23] Il est inadmissible que le locataire, obligé de veiller à la conservation de la maison louée, puisse invoquer comme un motif d'excuse l'abandon où il l'a laissée. Duvergier, I, 416 et suiv. et 437. Troplong, II, 382. Merger, *op. cit.*, p. 138, n° 34. Zachariæ, § 369, note 5, *in fine*. Paris, 10 mai 1834, Sir., 34, 2, 322. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1552 ; Larombière, *Des obligations*, I, p. 535, n° 14. Cpr. Turin, 8 août 1809, Sir., 11, 2, 114.

tribunaux pourraient, suivant les circonstances, et en tenant compte notamment de l'étendue des diverses locations et des dangers de feu plus ou moins considérables auxquels chaque partie du bâtiment se trouvait exposée, d'après la profession et les habitudes de ceux qui l'occupaient, répartir la dette dans une proportion fondée sur ces données[24].

Lorsque le propriétaire occupe lui-même une partie de la maison louée, sa position vis-à-vis de ses locataires se détermine d'après la distinction suivante : S'il prouve que l'incendie n'a pas pris naissance dans les localités qu'il occupe, les locataires restent soumis à l'application des art. 1733 et 1734[25], avec cette restriction toutefois que leur responsabilité ne s'étend pas à la partie de la maison réservée par le bailleur[26]. Que si, à défaut de cette preuve, on se trouve dans une incertitude complète sur l'endroit où le feu a commencé, le bailleur ne jouit d'aucune action en indemnité contre les locataires[27].

[24] Il ne s'agit pas ici d'une solidarité proprement dite, mais d'une simple responsabilité *in solidum,* à laquelle ne s'applique pas rigoureusement la disposition de l'art. 1213. Cpr. § 298 *ter*, texte et note 9. Rodière, *De la solidarité,* nos 175 et 206. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 110; Duvergier, I, 422; Troplong, II, 379; Taulier, VI, p. 246; Marcadé, sur les art. 1733 et 1734; Merger, *op. cit.*, p. 331, n° 85.

[25] Cette proposition, généralement admise, n'est contestée que par M. Duranton (XVII, 109), et par Zachariæ (§ 369, texte et note 11), sur le motif, évidemment inexact, que le propriétaire, habitant la maison, pouvait et devait exercer sa surveillance même sur les localités occupées par les locataires.

[26] Si les locataires sont solidairement responsables, ils ne peuvent cependant l'être, en qualité de locataires, que pour les parties de la maison qui ont été louées ; leur responsabilité ne saurait s'étendre à celles que le bailleur s'est réservées, et au sujet desquelles ils ne sont soumis à aucune obligation de restitution. Marcadé, sur les art. 1733 et 1734, n° 6. Cpr. cep. Troplong, II, 380; Duvergier, I, 425. Ces auteurs, qui ne s'expliquent pas sur la restriction indiquée au texte, semblent admettre, d'une manière absolue, l'application des art. 1733 et 1734.

[27] Bien que, dans cette hypothèse, les locataires restent soumis à la présomption de faute établie par les art. 1733 et 1734, la même présomption milite contre le bailleur comme habitant la maison ; et les effets de cette double présomption se neutralisent. Troplong et Duvergier, *locc. citt.* Marcadé, sur les art. 1733 et 1734, n° 4. Taulier, VI, p. 242. Merger, *op. cit.*, p. 327, n° 72. Riom, 4 août 1829, Sir., 30, 2, 59. Toulouse, 7 juillet 1843, Sir., 44, 2, 175. Civ. rej., 20 novembre 1855, Sir., 56, 1, 103. Voy. cep. Rodière, *De la solidarité*, n° 204; Lyon, 17 janvier 1834, Sir., 34, 2, 241.

Le locataire ne répond, dans les termes des art. 1733 et 1734, que du dommage causé au bâtiment loué, et non de la perte ou de la détérioration du mobilier que le propriétaire avait placé dans le bâtiment incendié, à moins que ce mobilier ne fût compris dans le bail[28].

La responsabilité du locataire, en ce qui concerne le dommage causé au bâtiment, ne porte que sur la perte réellement éprouvée par le bailleur, eu égard à l'état de l'immeuble au moment de l'incendie. Le bailleur ne peut ni contraindre le locataire à reconstruire le bâtiment incendié, ni exiger de lui la somme nécessaire pour opérer cette reconstruction. L'indemnité à laquelle il a droit se détermine en défalquant de la dépense que nécessiterait la reconstruction, une somme équivalente à la différence du neuf au vieux[29]. Mais en sus de cette indemnité, il lui est dû bonification de la perte des loyers pendant le temps nécessaire à la remise en état et à la relocation du bâtiment[30].

Les dispositions des art. 1733 et 1734 sont, en tant qu'elles limitent les moyens de justification du locataire, inapplicables aux hypothèses dans lesquelles une personne se trouve obligée de veiller à la conservation d'un bâtiment en vertu de toute autre cause que d'un bail. Cette personne reste bien soumise à l'obligation de prouver que l'incendie a eu lieu sans sa faute ; mais, à la différence du locataire, elle est admise à faire cette preuve conformément aux règles du Droit commun, telles qu'elles ont été développées au § 308. C'est ce qui a lieu notamment pour le créancier avec antichrèse, et pour l'usufruitier[31].

[28] Duvergier, I, 420 et 421. Troplong, II, 392. Taulier, VI, p. 242. Marcadé, sur les art. 1733 et 1734, n° 6. Merger, *op. cit.*, p. 333, n° 93. Zachariæ, p. 367, note 7. Lyon, 17 janvier 1834, Sir., 34, 2, 241.

[29] Marcadé, *loc. cit.* Merger, *op. cit.*, p. 345, n° 122. Nancy, 9 août 1849, et Paris, 3 janvier 1850, Sir., 51, 2, 129 et 132. Voy. cep. Troplong, II, 390; Duvergier, I, 419.

[30] Duvergier et Troplong, *locc. citt.* Rouen, 10 février 1843, Sir., 43, 2, 234. Rouen, 6 août 1846, Sir., 48, 2, 140.

[31] Toulouse, 15 mai 1837, Sir., 37, 2, 357. Cpr. Riom, 1er mars 1836, Sir., 36, 2, 181. Voy. en sens contraire : Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1540; Zachariæ, § 367, note 14. Ces auteurs partant de l'idée, évidemment erronée, que l'incendie est de sa nature un cas fortuit, mettent à la charge du nu propriétaire la preuve de la faute de l'usufruitier.

A plus forte raison, les dispositions des articles précités sont-elles étrangères aux hypothèses où il n'existe pas, entre celui qui forme une action en indemnité à raison de l'incendie d'un bâtiment et les personnes contre lesquelles il dirige cette action, de lien contractuel ou légal qui oblige ces dernières à veiller à la conservation de ce bâtiment. Ainsi, elles ne peuvent être invoquées, ni par les différents locataires d'une maison entre eux, ni par un locataire contre le propriétaire habitant une partie de la maison louée, ni par les propriétaires voisins dont les maisons ont souffert de l'incendie. En pareil cas, c'est à celui qui se plaint du dommage causé par l'incendie à prouver que cet événement est arrivé par une faute imputable au défendeur[32].

Du reste, les règles établies par les art. 1733 et 1734 ne sont pas d'ordre public. Le bailleur peut donc renoncer expressément, ou même tacitement, à la responsabilité que ces articles prononcent contre les locataires[33].

4° Le preneur doit exécuter à ses frais les réparations locatives à faire pendant la durée du bail, à moins qu'il ne soit à même de

[32] L'action en réparation d'un dommage d'incendie, dirigée contre une personne qui n'était pas tenue envers le demandeur de veiller à la conservation des objets incendiés, ne peut évidemment procéder que d'un délit ou d'un quasi-délit. Or, l'art. 1382, qui s'occupe des obligations naissant de délits ou de quasi-délits, impose implicitement au demandeur la charge de prouver que le dommage dont il se plaint a été occasionné par la faute du défendeur. Vouloir appliquer à des obligations de cette espèce la disposition de l'art. 1733, c'est confondre deux ordres de choses qui n'ont absolument rien de commun. Merlin, *Rép.*, v° Incendie, § 2, n° 9; et Consultation, Sir., 24, 2, 253. Duranton, XVII, 105. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1561 à 1565. Duvergier, I, 412. Troplong, II, 365. Taulier, VI, p. 242. Marcadé, sur les art. 1733 et 1734, n° 3. Larombière, *Des obligations*, I, p. 534, n° 13. Zachariæ, § 367, texte, notes 12 et 13. Caen, 27 août 1819, Sir., 19, 2, 257. Paris, 27 janvier 1824, et Grenoble, 24 janvier 1824, Sir., 24, 2, 298 et 299. Paris, 16 mai 1825, Sir., 25, 2, 206. Pau, 6 juillet 1825, Sir., 26, 2, 5. Nancy, 19 juillet 1825, Sir., 26, 2, 179. Civ. rej., 18 décembre 1827, Sir., 28, 1, 44. Lyon, 12 août 1829, Sir., 30, 2, 33. Civ. cass., 11 avril 1831, Sir., 31, 1, 196. Civ. cass., 1er juillet 1834, Sir., 34, 1, 559. Limoges, 23 novembre 1838, Sir., 39, 2, 405. Civ. cass., 7 mai 1855, Sir., 55, 1, 446. Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 172; Amiens, 24 messidor an XI, Sir., 7, 2, 1012 ; Montpellier, 25 mars 1824, Sir., 24, 2, 250.

[33] Req. rej., 22 janvier 1868, Sir., 68, 1, 17. — Voy. sur les circonstances de nature à faire admettre une renonciation tacite : Aix, 28 février 1837, Sir., 39, 2, 158; Metz, 31 décembre 1834, Sir., 35, 2, 121.

prouver qu'elles ont été nécessitées par cas fortuit, ou par vétusté[34]. Art. 1720, 1754 et 1755.

Les réparations locatives sont certaines menues réparations que la loi ou les usages mettent, de plein droit, à la charge du preneur, sans distinguer si les dégradations qui les nécessitent doivent être attribuées à sa faute, ou si, au contraire, elles sont le résultat naturel de l'usage de la chose[35]. Art. 1754.

Lorsque le bail porte sur des choses d'une nature particulière, pour lesquelles ni la loi ni l'usage ne déterminent les réparations à considérer comme locatives, il appartient aux tribunaux de suppléer à cette lacune, en suivant l'analogie résultant de la classification établie, pour d'autres objets, par la loi ou par l'usage[36].

Le curement des puits et des fosses d'aisance ne saurait être rangé parmi les réparations locatives, et reste, à moins de convention contraire, à la charge du bailleur. Art. 1756.

5° Le preneur doit, à la fin du bail, restituer la chose louée dans l'état où il l'a reçue, sauf à décliner la responsabilité qui pèse sur lui relativement à la perte ou aux dégradations de cette chose, en faisant les justifications indiquées au n° 3 ci-dessus. Art. 1730 et 1732. Si le preneur a négligé de faire constater par écrit, et contradictoirement avec le bailleur, l'état de la chose louée, il est présumé, sauf la preuve du contraire qui peut être faite par témoins[37], l'avoir reçue en bon état de réparation loca-

[34] Duranton, XVII, 165; Zachariæ, § 370, texte et note 5. Cpr. § 228, sur la distinction à faire entre les réparations nécessitées par la vétusté, et celles qui l'ont été par suite de la jouissance même du preneur et du cours naturel des choses pendant la durée du bail. Voy. aussi la note suivante.

[35] Le législateur a cru devoir rejeter cette distinction, parce que les réparations locatives sont ordinairement nécessitées par des dégradations provenant de la faute du preneur; que d'ailleurs il serait le plus souvent impossible de vérifier si ces dégradations sont ou non le résultat naturel de l'usage de la chose ; et que cette vérification donnerait lieu, en tout cas, à une foule de petites contestations dont il importait de tarir la source. Pothier, n[os] 107, 219 et suiv. Lepage, *Lois des bâtiments*, part. II, chap. III, art. 1[er]. Duvergier, I, 447.

[36] Duvergier, I, 447. Cpr. Req. rej., 24 novembre 1832, Sir., 33, 1, 238. MM. Lepage (*op. et loc. citt.*) et Duvergier (II, 24 et 26) donnent une indication détaillée des réparations locatives des maisons et des moulins.

[37] Duranton, XVII, 101. Duvergier, I, 443. Zachariæ, § 367, note 19. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 194.

tives, et doit la rendre telle à la fin du bail, abstraction faite toutefois de celles de ces réparations qui ne sont point à sa charge. Art. 1731 et 1755.

Lorsque, en dehors des stipulations du bail et en l'absence de toute autre convention entre le bailleur et le preneur, ce dernier a fait des constructions, plantations, ou autres ouvrages incorporés à la chose louée, le bailleur a le choix d'en demander la suppression, avec dommages-intérêts, s'il y a lieu, ou de les conserver, à charge de bonifier au preneur la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre [38].

§ 368.

De la cession du bail et de la sous-location.

1° Le preneur est autorisé à céder son bail ou à sous-louer, à moins que cette faculté ne lui ait été interdite par une clause du contrat [1], ou par une disposition spéciale de la loi [2]. Art. 1717, al. 1 et 2. Il en est ainsi en principe, alors même qu'il s'agit de la location d'un appartement meublé [3].

La prohibition de sous-louer emporte, de sa nature, celle de céder le bail [4]. Réciproquement, la prohibition de céder le bail emporte, en général, celle de sous-louer, du moins pour la totalité; mais elle n'implique pas nécessairement celle de sous-louer partiellement [5]. La défense de sous-louer entraîne, bien qu'elle ne

[38] Arg. art. 555. Cpr. § 204, texte, lett. *b* et note 21.

[1] L'interprétation des clauses portant prohibition de céder le bail ou de sous-louer a donné lieu à de nombreuses difficultés. Les règles que nous présentons à cet égard, comme exprimant, dans les cas ordinaires, l'intention présumable des parties, deviennent sans application, toutes les fois que des circonstances spéciales conduisent à une interprétation différente.

[2] Cpr. art. 1763 et 1764.

[3] Paris, 20 juin 1861, Sir., 61, 2, 587.

[4] Duranton, XVII, 92. Duvergier, I, 375. Troplong, I, 133. Marcadé, sur l'art. 1717, n° 2. Zachariæ, § 368, note 2, *in fine*.

[5] Cpr. en sens divers sur ce point : Merlin, *Rép.*, v° Sous-location, n° 1 ; Duvergier, I, 376 et 377; Troplong, I, 134; Marcadé, *loc. cit.*, Angers, 27 mars 1817, Sir., 18, 2, 234 ; Amiens, 24 mai 1817, Sir., 24, 2, 62; Paris, 28 août 1824, Sir., 25, 2, 106; Paris, 28 mars 1829, Sir., 29, 2, 286 : Paris, 6 mai 1835, Sir., 35, 2, 305.

soit conçue qu'en termes généraux, la prohibition de sous-louer, même pour partie[6].

Lorsqu'il a été stipulé que le preneur ne pourrait sous-louer sans le consentement du bailleur, cette clause équivaut à une interdiction de sous-louer, en ce sens que le droit pour le bailleur de refuser son consentement est absolu, sans qu'il soit permis aux tribunaux d'examiner le mérite des motifs de son refus[7]. Il n'en serait plus de même, s'il avait été simplement stipulé que le preneur ne pourrait sous-louer qu'à des personnes agréées par le bailleur. En pareil cas, les tribunaux auraient le droit d'autoriser la sous-location malgré le refus de ce dernier, si la personne présentée comme sous-locataire offrait toutes les conditions désirables de solvabilité et de convenance[8].

La clause qui interdit la faculté de céder le bail ou de sous-louer est toujours de rigueur[9]. Art. 1717, al. 3. Ainsi, elle doit être observée sans égard aux changements qui peuvent survenir dans la position des parties, et abstraction faite de toute considération tirée, soit d'un prétendu défaut d'intérêt de la part du bailleur à en exiger l'exécution, soit de l'intérêt majeur que pourrait avoir le preneur à être dispensé de son observation[10].

Cette clause n'empêche cependant pas le locataire d'une maison, soit de la faire occuper par des domestiques ou des personnes de confiance[11], soit d'en concéder temporairement la jouissance gratuite à un ami[12]; et elle ne peut, en aucun cas, être opposée

[6] Duranton, XVII, 92. Troplong, I, 135. Marcadé, *loc. cit.* Amiens, 22 juin 1822, Sir., 24, 2, 44. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° *et loc. citt.*, et v° Bail, § 9, n° 6; Duvergier, I, 374 et 378.

[7] Lyon, 26 décembre 1849, Sir., 50, 2, 46. Cpr. Req. rej., 19 juin 1839, Sir., 39, 1, 462. Voy. en sens contraire : Grenoble, 7 août 1866, Sir., 67, 2, 44.

[8] Paris, 6 août 1847, Sir., 47, 2, 447. Colmar, 12 avril 1864, Sir., 64, 2, 285.

[9] Il n'en était pas ainsi dans l'ancienne jurisprudence. Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 6. Pothier, n° 283.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Sous-location, n° 2. Duvergier, I, 364. Zachariæ, § 368, texte et note 3. Civ. cass., 12 février 1812, Sir., 12, 1, 214. Colmar, 16 août 1816, Sir., 19, 2, 27. Civ. cass., 12 mai 1817, Sir., 21, 1, 248. Voy. cep. Paris, 16 février 1822, Sir., 23, 2, 95.

[11] Duvergier, I, 366. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 368, texte et note 4. Bordeaux, 11 janvier 1826, Sir., 26, 2, 193.

[12] Troplong, I, 136. Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Duvergier, I, 367.

aux créanciers du preneur, qui entendrait user du bénéfice que leur accorde le nº 1 de l'art. 2102[13].

Mais la substitution dans les lieux loués, d'une nouuelle société commerciale, distincte de celle au profit de laquelle le bail avait été passé, constituerait une infraction à la défense de céder le bail[14].

Quoique le juge ne puisse, sous aucun prétexte, dispenser le preneur de l'observation de la défense de sous-louer ou de céder le bail, il n'est cependant pas obligé, d'une manière absolue, de prononcer, pour violation de cette défense, la résolution du bail[15]. Il jouit, à cet égard, du pouvoir d'appréciation que la loi lui accorde, en général, pour l'infraction aux engagements résultant du contrat de louage[16], à moins que le bailleur n'ait spécialement stipulé que le bail serait résolu de plein droit, par le seul fait de la cession ou de la sous-location[17].

2° La cession d'un bail consiste dans la transmission des droits et des obligations qu'il confère ou impose au preneur[18]. Elle ne constitue donc point une location nouvelle; et ses effets se déterminent, non d'après les règles relatives au contrat de louage, mais d'après celles qui régissent, en général, les cessions de droits mobiliers. De là découlent les conséquences suivantes :

[13] Cpr. § 261, texte nº 1, et note 32. Zachariæ, § 368, texte et note 5.

[14] Civ. cass., 2 février 1859, Sir., 59, 1, 110. Lyon, 7 avril 1859, Sir., 59, 2, 484. Voy. cep. Civ. rej., 15 mars 1860, Dalloz, 1860, 1, 113.

[15] Ainsi, le juge pourrait se refuser à prononcer la résolution du bail, si le preneur offrait de faire cesser le sous-bail ou la cession, et, à plus forte raison, si la cession ou le sous-bail n'existait plus au moment de l'introduction de la demande. Cpr. § 369, texte nº 3. Duvergier, I, 370. Troplong, I, 130. Marcadé, sur l'art. 1717, nº 3. Zachariæ, § 368, note 3. Req. rej., 13 décembre 1820, Sir., 21, 1, 319. Lyon, 6 juin 1821, et 16 décembre 1825, Sir., 26, 2, 55 et 56. Req. rej., 29 mars 1837, Sir., 37, 1, 613. Cpr. Req. rej., 21 août 1840, Sir., 40, 1, 867. Voy. en sens contraire : Colmar, 16 août 1816, Sir., 19, 2, 27. Voy. aussi : Rennes, 8 mai 1858, Sir., 59, 2, 236.

[16] Cpr. sur ce point : § 369, nº 3. Voy. cep. art. 1764; § 369, note 5; § 371, note 17.

[17] Cpr. § 302, notes 47 à 49.

[18] La convention par laquelle le preneur, en déclarant céder son bail, modifierait, au profit du prétendu cessionnaire, les conditions de ce bail, constituerait, non une cession, mais une sous-location. On ne peut céder (*hoc sensu*) un droit soumis à certaines charges, qu'avec les charges auxquelles il est subordonné. Cpr. sur les différences qui existent entre la cession de bail et la sous-location : Duvergier, I, 379 et suiv.

a. Le cédant ne jouit pas, pour le prix de la cession, du privilége établi par l'art. 2102, nº 1.

b. Le cessionnaire ne peut invoquer contre le cédant la disposition de l'art. 1720. Il est obligé de recevoir la chose louée dans l'état où elle se trouvait au moment de la cession.

c. Les clauses particulières par lesquelles le bailleur et le preneur auraient dérogé aux principes généraux sur le contrat de louage, peuvent être opposées au cessionnaire et lui profitent, indépendamment de toute stipulation à cet égard.

d. Le cessionnaire a une action directe contre le bailleur pour le contraindre à l'accomplissement de toutes les obligations qu'il avait contractées envers le preneur. De son côté, le cessionnaire est directement tenu envers le bailleur des obligations résultant du bail, et peut, lorsque la location se trouve constatée par acte authentique, être poursuivi par voie d'exécution parée pour le paiement des loyers, quoique la cession n'ait été passée que sous seing privé [19].

3º A la différence de la cession de bail, la sous-location constitue une location nouvelle ; et ses effets sont régis, sauf les stipulations particulières dont elle peut avoir été accompagnée, par les principes généraux sur le contrat de louage. Il en résulte :

a. Que le sous-locateur jouit, pour le prix de la sous-location, du privilége établi par l'art. 2102, nº 1.

b. Que le sous-locataire peut, en vertu de l'art. 1720, demander au sous-locateur la délivrance de la chose louée en bon état de réparations.

c. Que les clauses particulières du bail originaire, par lesquelles il aurait été dérogé aux principes généraux sur le contrat de louage, ne peuvent, ni être invoquées par le sous-locataire, ni lui être opposées.

4º Bien que le sous-bail constitue une location nouvelle, il n'en crée pas moins des rapports directs entre le bailleur originaire et le sous-locataire.

Ce dernier peut, dans les limites du sous-bail, poursuivre directement contre le premier, l'accomplissement des obligations qu'il a contractées envers le preneur principal.

Réciproquement, le bailleur originaire jouit d'une action directe contre le sous-locataire pour l'exécution des engagements résul-

[19] Req. rej., 4 novembre 1863, Sir., 63, 1, 539.

tant de la sous-location[20], et notamment pour faire valoir contre lui la responsabilité établie par les art. 1733 et 1734[21]. Mais lorsqu'il le poursuit en paiement des loyers dus en vertu de la sous-location, il est obligé d'admettre comme libératoires les sommes payées au preneur principal pour loyers échus[22]. Quant aux paiements faits par anticipation, le sous-locataire ne peut les opposer au bailleur originaire, qu'autant qu'ils ont eu lieu en vertu d'une clause du sous-bail, ou conformément à l'usage des lieux. Art. 1753.

Dans la mesure de l'action directe qui lui compète contre le sous-locataire, le bailleur originaire a, de son propre chef, un privilége sur les meubles de ce dernier[23]; et il jouit, pour l'exercice de ce privilége, de l'avantage de la saisie-gagerie. Code de procédure. Art 820.

Le preneur qui sous-loue ou qui cède son bail, ne peut s'affranchir de ses obligations envers le bailleur originaire, sans le consentement de ce dernier.

§ 369.

Des différentes manières dont le contrat de louage prend fin.

A. Le contrat de louage prend fin par les causes suivantes:

1° Par la perte de la chose louée, qu'elle soit arrivée par cas fortuit, ou même par la faute de l'une ou de l'autre des parties[1].

Lorsque la chose louée a péri en totalité, le bail est résolu de

[20] Il n'est pas réduit à invoquer l'art. 1166. Cpr. L. 11, § 5, D. *de pignorat. act.* (13, 7); art. 1753 du Code Napoléon, et art. 820 du Code de procédure civile; § 312, texte n° 1, *in fine*. Duranton, XVII, 161. Troplong, I, 128, II, 538 et 547. Duvergier, I, 539. Marcadé, sur l'art. 1717, n° 1. Zachariæ, § 368, note 7. Civ. cass., 24 janvier 1853, Sir., 53, 1, 321.

[21] Toullier, XI, 169. Duranton, XVII, 112. Duvergier, I, 434. Troplong, II, 372. Marcadé, sur les art. 1733 et 1734, n° 3. Paris, 12 février 1851, Sir., 51, 2, 207. Paris, 18 juin 1851, Sir., 52, 2, 235. Voy. cep. Besançon, 11 mai 1854, Sir., 54, 2, 613.

[22] Le sous-locataire peut-il invoquer, contre le bailleur originaire, les quittances sous seing privé et dépourvues de date certaine, que lui a délivrées le preneur principal? Voy. pour l'affirmative : § 756, texte n° 2, lett. *b* et *c* *in fine*.

[23] Voy. § 261, texte n° 1, et note 17.

[1] Duvergier, I, 521. Troplong, II, 213. Rouen, 16 janvier 1845, Sir., 45, 2, 473. Nancy, 9 août 1849, Sir., 51, 2, 129. Voy. cep. Paris, 22 février 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 163.

plein droit, sauf les dommages-intérêts dus par celle des parties dont la faute a occasionné la perte de la chose. Art. 1741.

En cas de perte partielle, le bail n'est pas résolu de plein droit. Mais, lorsqu'elle a eu lieu sans la faute du preneur, il peut réclamer une diminution du prix, ou, selon les circonstances, la résiliation du bail [2]. Il a même droit à des dommages-intérêts, si la perte est le résultat de la faute du bailleur. Art. 1722. L'option que cet article accorde au preneur, suppose la possibilité de la continuation du bail dans l'état où la chose louée s'est trouvée réduite par le cas fortuit qui en a amené la perte partielle. Au cas contraire, la destruction, quoique seulement partielle, entraînerait la résolution du bail, à supposer que le bailleur n'eût aucune faute à se reprocher, et qu'il refusât de rétablir les choses dans leur ancien état [3].

Un cas fortuit ou de force majeure qui, sans entraîner la perte de la chose louée, en empêcherait, d'une manière absolue, l'usage ou la jouissance [4], constituerait une cause de résolution ou de suspension du bail, selon que l'obstacle serait perpétuel, ou qu'il ne serait que temporaire [5].

2° Par l'expropriation ou la cession de l'immeuble loué, pour cause d'utilité publique. Le jugement d'expropriation emporte *ipso facto* résolution du bail; et le droit à une indemnité est acquis au preneur par l'effet même de ce jugement, nonobstant l'offre faite par l'expropriant de maintenir le bail jusqu'à son expiration [6].

Au cas d'expropriation partielle d'un immeuble loué, et lorsque

[2] L'option entre la diminution du prix et la résiliation du bail appartient exclusivement au preneur, en ce sens qu'il pourrait, malgré l'offre de résiliation faite par le bailleur, maintenir le bail en réclamant une diminution du prix. Zachariæ, § 369, texte et note 3. Civ. cass., 23 juillet 1827, Sir., 27, 1, 490. Cpr. Rouen, 15 juin 1844, Sir., 44, 2, 548.

[3] En effet, le bailleur ne pourrait être contraint de reconstruire ce qui a été détruit sans sa faute. Cpr. § 366, texte et note 5; Bordeaux, 4 janvier 1854, Sir., 54, 2, 396; Req. rej., 10 février 1864, Sir., 64, 1, 118.

[4] L'obstacle qui ne naîtrait que de la position personnelle du preneur, et non de l'état de la chose louée, ne constituerait pas une cause de suspension ou de résolution du bail. Duvergier, I, 525. Paris, 13 mars 1832, Sir., 32, 2, 330.

[5] Pothier, n° 148. Duvergier, I, 524. — La crainte d'un danger que présenterait l'usage de la chose, pourrait, selon les circonstances, autoriser une demande en résolution du bail. L. 27, § 1, D. *loc. cond.* (19, 2). Pothier, n[os] 149 et 320.

[6] Arg. art. 17 et 18 de la loi du 3 mai 1841. Req. rej., 16 avril 1862, Sir., 62, 1, 721.

la portion non comprise dans l'expropriation est encore susceptible d'être appropriée à l'usage en vue duquel le bail a été consenti, le preneur peut exiger que le bailleur fasse les travaux nécessaires à cet effet [7]. Si, dans cette hypothèse, le bailleur avait fait usage de la faculté que lui accorde l'art. 50 de la loi du 3 mai 1841, le preneur pourrait exiger le maintien du bail et l'exécution par l'expropriant des travaux nécessaires à sa continuation [8].

3° Par l'effet d'une condition résolutoire, et entre autres par suite de celle qui est attachée à l'inexécution, de la part de l'une ou de l'autre des parties, des obligations résultant du bail. Art. 1741 cbn. 1184, al. 1er.

Le juge saisi d'une demande en résolution de bail, fondée sur le retard apporté par l'une ou l'autre des parties à l'exécution d'une obligation positive, peut, selon les circonstances, différer de prononcer la résolution, en accordant au défendeur un délai pour l'accomplissement de son obligation. Art. 1184, al. 3. Lorsque la demande en résolution est motivée sur une infraction à une obligation négative, il appartient au juge d'apprécier, suivant les circonstances, si l'infraction dont se plaint le demandeur est assez grave pour entraîner ou non la résolution du contrat [9]. Art. 1729, 1766 et arg. de ces articles.

Du reste, les règles générales exposées au § 302, n° 4, sur la résolution des conventions synallagmatiques pour cause d'inexécution des engagements contractés par l'une ou l'autre des parties, s'appliquent également en matière de louage. Ainsi, lors même que le pacte commissoire aurait été expressément stipulé dans le bail, à raison de l'inexécution de tel ou tel engagement imposé à l'une ou à l'autre des parties, la résolution n'en devrait pas moins être demandée en justice, et le juge jouirait toujours du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 1184, al. 3, à moins qu'il n'eût été

[7] Cette hypothèse est bien différente de celle où l'immeuble loué a été partiellement détruit par cas fortuit, destruction qui entraîne pour le bailleur une perte sèche. L'indemnité à laquelle ce dernier a droit par suite d'expropriation partielle, devant comprendre la somme nécessaire pour remettre en état la portion non expropriée de l'immeuble, le preneur peut exiger qu'il l'emploie effectivement à cette destination. Voy. l'arrêt cité à la note suivante.

[8] Paris, 12 février 1833, Sir., 33, 2, 606.

[9] Civ. rej., 18 janvier 1869, Sir., 69, 1, 304. Cpr. § 368, texte n° 1, notes 15 et 16. Le juge ne paraît cependant pas jouir de ce pouvoir d'appréciation dans le cas prévu par l'art. 1764. Cpr. 371, texte n° 2, et note 21.

spécialement convenu que le pacte commissoire produirait son effet de plein droit [10].

En cas de faillite ou de déconfiture du preneur, le bailleur est autorisé à demander la résiliation du bail à partir du temps pour lequel il n'aura pas été payé par anticipation des loyers à échoir [11].

4° Par l'éviction du bailleur. Il importe peu, à cet égard, que le bailleur possédât, en vertu d'un titre émané *a non domino*, ou qu'il fût absolument privé de titre [12]. Toutefois, et par exception à cette règle, les baux passés par l'héritier apparent doivent être maintenus malgré l'éviction de ce dernier.

5° Par l'annulation ou la rescision du titre de propriété du bailleur [13].

La simple résolution du titre en vertu duquel le bailleur possédait, n'entraîne pas la résolution du bail qu'il a consenti, lorsque son titre l'autorisait à passer ce bail [14].

[10] Cpr. sur ces diverses propositions : Bruxelles, 1er août 1810, Sir., 11, 2, 119 ; Bruxelles, 7 août 1811, Sir., 12, 2, 22 ; Colmar, 6 décembre 1814, Sir., 15, 2, 137 ; Paris, 19 février 1830, Sir., 30, 2, 301 ; Req. rej., 3 décembre 1838, Sir., 39, 1, 339 ; Paris, 27 mars 1843, Sir., 43, 2, 259 ; Civ. cass., 2 juillet 1860, Sir., 60, 1, 705 ; Orléans, 9 novembre 1860, Sir., 61, 2, 144 ; Bordeaux, 1er juin 1864, Sir., 64, 2, 264.

[11] Voy. § 261, texte n° 1 et notes 34 à 36.

[12] La passation d'un bail rentre, il est vrai, dans la classe des actes d'administration qui peuvent être faits par le représentant du propriétaire. Mais le simple possesseur fût-il de bonne foi, ne peut, en aucune manière, être considéré comme ayant représenté le propriétaire par lequel il est évincé. C'est, du reste, bien à tort que l'on prétend appliquer aux baux passés par le possesseur évincé, les dispositions spéciales qui concernent les baux consentis par un usufruitier. Ce dernier est revêtu, vis-à-vis du propriétaire, d'une qualité qui l'autorise à louer du moins pour la durée de l'usufruit ; et l'on conçoit que, pour ne pas gêner sa jouissance, et pour le mettre à même de louer à de meilleures conditions, le législateur ait cru devoir maintenir, même après l'expiration de l'usufruit, les baux qu'il a passés. Duranton, XVII, 135. Duvergier, I, 531. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, IV, 3097. Zachariæ, § 369, texte et note 7. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 2, n° 7 ; Delvincourt, III, 197 ; Troplong, I, 98 ; Marcadé, sur l'art. 1713, n° 4.

[13] On doit appliquer, en pareil cas, la maxime *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

[14] Art. 1673, al. 2, et arg. de cet article. Ainsi, les baux faits par un grevé de substitution, ou par un donataire dont le droit a été révoqué, doivent être entretenus par l'appelé à la substitution, ou par le donateur. Duranton, XVII, 134. Duvergier, I, 530. Il en est de même des baux passés par l'acquéreur, dont le

Mais la résolution du bail principal, notamment pour défaut de paiement du loyer ou fermage, entraîne la résolution des sous-locations [15].

6° Le bail cesse de plein droit, par l'expiration du temps fixé pour sa durée [16], soit par une convention expresse [17], soit par une convention légalement présumée.

droit a été résolu pour défaut d'exécution de ses engagements. Toullier, VI, 576, 435 et 436. Duvergier, I, 83 et 539.—La jurisprudence s'est prononcée en ce sens, même à l'égard de baux passés par un adjudicataire, dépouillé par l'effet d'une revente sur folle enchère. Req. rej., 11 avril 1821, Sir., 21, 1, 254. Civ. cass., 16 janvier 1827, Sir., 27, 1, 324. Paris, 25 janvier et 19 mai 1835, Sir., 35, 2, 102 et 256.

[15] Si le preneur a, sauf convention contraire, le droit de sous-louer, il ne peut cependant en user que sous la condition d'exécuter les obligations que le bail lui impose. Et comme le droit de jouissance qu'il transmet au sous-preneur est précisément celui qui tient lui-même du bail principal, le maintien de la sous-location reste nécessairement subordonné à la continuation de ce bail. Duranton, XVII, 159. Troplong, II, 544 et suiv. Larombière, *Des obligations*, II, p. 648, n° 17. Zachariæ, § 369, note 6. Rennes, 18 novembre 1810, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 356. Bordeaux, 25 juillet 1844, Sir., 45, 2, 42.

[16] Lorsque le bail a été fait avec la clause que le preneur restera dans les lieux loués *tant qu'il lui plaira*, ou *aussi longtemps que la maison louée subsistera*, il est censé conclu pour la vie du preneur, avec cette différence cependant que celui-ci peut, dans la première hypothèse, le faire cesser en donnant congé. Paris, 2 juillet 1840, Sir., 40, 2, 445. Paris, 4 juin 1859, Sir., 59, 2, 542.

[17] Art. 1737. La rédaction de cet article est évidemment vicieuse, ainsi que celle de l'art. 1736. En prenant à la lettre ces deux articles, il en résulterait, d'une part, que les baux non écrits ne finiraient pas de plein droit, par l'arrivée du terme pour lequel ils ont été faits, lors même qu'il serait prouvé qu'un terme a été expressément convenu entre les parties, et d'autre part, que dans les baux écrits, on ne pourrait exercer la faculté de donner congé, lors même que la durée du bail n'aurait pas été déterminée par le contrat. Or, ces deux conséquences sont inadmissibles. Lorsque les parties sont convenues que le bail cesserait à une époque déterminée, cette convention, pourvu qu'elle soit prouvée, doit recevoir son exécution, peu importe qu'elle ait été ou non rédigée par écrit. Réciproquement, lorsque la durée d'un bail fait par écrit n'a pas été déterminée, il y a, pour faire cesser le bail, tout à la fois faculté et nécessité de donner congé. La rédaction vicieuse des art. 1736 et 1737 tient à ce que la durée des baux faits verbalement reste le plus souvent indéterminée, tandis que la durée des baux écrits est ordinairement fixée. C'est ce qui a fait confondre la fixation de la durée du bail avec la circonstance de sa constatation par écrit. Delvincourt, sur l'art. 1736. Duranton, XVII, 116. Duvergier, I, 485. Zachariæ, § 369, note 9. Rouen, 17 mai 1812, Sir., 12, 2, 310.

Les art. 1757, 1758[18] et 1774[19] indiquent, en ce qui concerne les baux de meubles meublants, d'appartements meublés, et de biens, ruraux, la durée pour laquelle ils sont censés conclus, à défaut de convention contraire.

Si, à l'expiration d'un bail, le preneur reste et est laissé en jouissance, il s'opère un nouveau bail, en vertu d'une convention présumée, que l'on appelle tacite réconduction. Art. 1738, 1759 et 1776. Il appartient au juge de décider si la durée de la prolongation de jouissance du preneur, est assez considérable pour faire admettre une pareille convention[20].

Lorsque, antérieurement à l'expiration du bail, ou même après cette expiration, mais avant l'écoulement d'un délai assez long pour faire présumer l'intention de renouveler le bail, le bailleur donne congé au preneur[21], ou forme contre lui une demande tendant à son expulsion, la continuation de jouissance de ce dernier n'opère point, en général, de tacite réconduction[22]. Art. 1739.

Le nouveau bail résultant de la tacite réconduction est, quant à sa durée, régi par les règles qui concernent les baux dont les parties n'ont pas expressément fixé le terme. Art. 1738, 1759 et 1776. Du reste, il est censé fait moyennant le même prix et aux mêmes conditions que le bail originaire. Art. 1759 et arg. de cet article. Toutefois, les sûretés, telles que le cautionnement ou l'hypothèque, fournies pour l'exécution des obligations résultant du

[18] La disposition de cet article n'est pas applicable au bail ayant pour objet l'exploitation d'un hôtel garni. Req. rej., 6 novembre 1860, Sir., 61, 1, 153.

[19] Cpr. sur cet article : Req. rej., 16 août 1853, Sir., 58, 1, 61.

[20] Pothier, n° 349. Maleville, sur l'art. 1733. Duranton, XVII, 119. Duvergier, I, 499, et 505. Zachariæ, § 369, note 10.

[21] Ce congé, qui diffère, quant à son objet, des congés donnés pour mettre fin à un bail dont la durée n'est pas fixée, est soumis, en ce qui concerne la manière de le prouver, aux mêmes règles que ces derniers. Cpr. notes 25 et 26 *infra*.

[22] Le congé n'est pas un obstacle absolu à la tacite réconduction. Il peut, postérieurement à l'époque où il a été donné, se présenter des circonstances qui indiquent, d'une manière tellement claire et certaine, l'intention de renouveler le bail de la part des deux parties, que l'on doive admettre la tacite réconduction. La même remarque s'applique à l'introduction d'une demande aux fins d'expulsion du preneur, et aux clauses prohibitives de la réconduction que peut renfermer le bail. Duvergier, I, 23 et 504. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 120 et 123; Zachariæ, § 369, texte et note 13.

bail primitif, ne s'étendent pas à la garantie des obligations auxquelles la tacite réconduction donne naissance [23]. Art. 1740, et arg. de cet article.

7° Le bail, comme tout autre contrat synallagmatique, se résout par le consentement mutuel des parties. Art. 1134, al. 2. La preuve de cette résolution est soumise aux règles du Droit commun, et non aux dispositions des art. 1715 et 1716 [24].

8° Le bail cesse enfin par l'effet d'un congé donné dans le délai fixé par l'usage des lieux, lorsqu'il s'agit d'un bail originaire ou renouvelé par tacite réconduction, dont la durée ne se trouve déterminée, ni par une convention expresse, ni par une convention légalement présumée. Art. 1736 et 1759.

Le congé n'est assujetti à aucune forme particulière. Il peut être donné, non-seulement par acte d'huissier, mais encore par lettre missive, et même valablement [25]; mais il n'est pas, en général, susceptible d'être prouvé par témoins, lors même que le bail ne serait que verbal, ou que le prix n'en excéderait pas la somme de 150 fr [26]. L'efficacité du congé est, du reste, indépendante de l'acceptation de la partie à laquelle il est donné [27].

Le congé signifié à l'un des copreneurs solidaires est opposable aux autres [28].

[23] Duranton, XVII, 124 et 125. Duvergier, I, 507 et 508. Zachariæ, § 369, texte et note 14.

[24] Cpr. Civ. cass., 21 janvier 1812, Sir., 12, 1, 184; Req. rej., 18 novembre 1861, Sir., 62, 1, 38. Ce dernier arrêt n'est pas, au fond, contraire à la proposition énoncée au texte.

[25] Req. rej., 13 mars 1865, Sir., 65, 1, 249.

[26] Arg. art. 1715. Cpr. § 364, note 13. Merlin, *Quest.*, v° Preuve, § 5. Toullier, IX, 34. Duranton, XVII, 122. Duvergier, I, 489. Troplong, II, 422. Civ. cass., 12 mars 1816, Sir., 16, 1, 167. Bastia, 5 novembre 1826, Sir., 27, 2, 239. Caen, 30 avril 1860, Sir., 61, 2, 93. Cpr. cep. pour le cas de colonage partiaire : Limoges, 18 mars 1842, Sir., 42, 2, 522.

[27] Duvergier, I, 493. — M. Duranton (XVII, 122) enseigne que le congé donné verbalement, ou par simple lettre missive, n'est valable qu'autant qu'il a été accepté, et qu'ainsi, à défaut d'acceptation, on ne serait pas admis à en prouver l'existence au moyen d'un serment ou d'un interrogatoire sur faits et articles. Mais cette opinion est évidemment erronée, puisque le congé n'est que la déclaration de l'une des parties qu'elle veut mettre fin au bail, et que cette déclaration unilatérale ne saurait être soumise aux règles qui régissent les conventions.

[28] Paris, 18 avril 1857, Sir., 57, 2, 507.

B. Le contrat de louage n'est résolu, ni par la mort du bailleur, ni par celle du preneur. Art. 1742. Il ne l'est pas davantage dans le cas où, par suite d'une cause quelconque, même d'un événement de force majeure, le preneur ne se trouve plus en position d'user de la chose louée [29].

D'un autre côté, le bail n'est pas rompu par l'aliénation de cette chose [30].

L'acquéreur est obligé de respecter le bail consenti par son auteur, pourvu qu'il se trouve constaté par un écrit, ayant acquis date certaine antérieurement à l'aliénation [31]. Art. 1743 [32].

Ce principe s'applique tout aussi bien à l'hypothèse où le preneur n'était point encore, au moment de l'aliénation, entré en jouissance de la chose louée, qu'à l'hypothèse contraire [33].

29 Duvergier, I, 525. Zachariæ, § 369, texte et note 26. Paris, 13 mars 1832, Sir., 32, 2, 330. Cpr. Paris, 14 avril 1869, Sir., 69, 2, 251.

30 Il en était autrement en Droit romain (L. 9, C. *loc. cond.* 4, 65), et d'après notre ancien Droit coutumier, où l'on disait : *Vendange ou achat passe louage*, Loisel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. VI, reg. 1er.

31 Cpr. Douai, 15 février 1865, Sir., 65, 2, 293.

32 A notre avis, il ne faut voir dans l'art. 1743 qu'une extension de la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet*, maxime qui ne s'appliquait autrefois qu'au cas de collision entre deux droits réels concédés par la même personne, et que les rédacteurs du Code ont jugé équitable et utile d'admettre pour l'hypothèse même où un propriétaire, sans opérer un véritable démembrement du domaine par la constitution d'un droit réel, a simplement limité l'exercice de son droit de propriété par la concession d'un droit personnel de jouissance. Voy. en ce sens : *Discussion au Conseil d'État*, *Rapport fait au Tribunat*, par Mouricault, et *Discours* de Jaubert (Locré, *Lég.*, XIV, p. 346 à 348, n° 41, p. 431 et 432, n° 11, p. 458, n° 7). Les autres explications qu'on a voulu donner de l'art. 1743 ne sont nullement satisfaisantes. Nous avons déjà réfuté celle de M. Troplong à la note 7 du § 365. Nous ne saurions davantage admettre celle de MM. Ferry (*Revue étrangère et française*, 1841, VIII, p. 609 et 849), et Mourlon (*Revue pratique*, 1870, XXIX, p. 193 et 385), suivant lesquels l'acquéreur se trouverait, par l'effet même de la vente, virtuellement subrogé aux obligations comme aux droits du bailleur. Cette opinion, contraire à la règle que le successeur particulier n'est pas tenu des obligations de son auteur, conduirait à cette conséquence inadmissible, que l'acquéreur ne serait pas seulement privé du droit de faire cesser le bail, mais pourrait encore, même en renonçant à exiger le paiement du loyer, être contraint à accomplir toutes les obligations que ce contrat imposait à son vendeur.

33 On peut sans doute contester en théorie l'application de la règle *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet*, au cas de conflit entre le droit personnel du preneur et le droit réel de l'acquéreur. Mais il n'en est pas

Il ne reçoit exception, qu'autant qu'il a été stipulé dans le bail que l'acquéreur pourrait expulser le preneur.

Dans ce cas, l'acquéreur est autorisé à rompre le contrat de louage, quoique ce droit ne lui ait pas été formellement transféré par son titre d'acquisition [34]. Mais, pour en user, il doit donner congé au preneur dans les délais indiqués par l'art. 1748. Ce dernier ne peut même être expulsé qu'après avoir reçu les dommages-intérêts auxquels il a droit, et dont le montant doit, à défaut de convention, être réglé conformément aux art. 1744 à 1747.

S'il était établi contre l'acquéreur, qu'il connaissait, au moment de son acquisition, non-seulement l'existence d'un bail, mais encore la durée asssignée à la location, et qu'il savait de plus que le vendeur ne s'était pas réservé la faculté de résiliation pour le cas d'aliénation, la circonstance que le bail n'aurait pas acquis date certaine à son égard, ne lui permettrait pas d'expulser le preneur [35].

D'un autre côté, lorsqu'un bail, non opposable à l'acquéreur faute d'avoir acquis date certaine avant la vente, a reçu un commencement d'exécution par l'entrée en jouissance du preneur, l'acquéreur, quoique dégagé, en vertu de l'art. 1750, de l'obligation de payer à ce dernier des dommages-intérêts, n'est cependant pas autorisé à l'expulser immédiatement. Il ne peut, s'il s'agit d'un bail à loyer, faire cesser sa jouissance, qu'au moyen d'un congé donné

moins certain en fait, que les rédacteurs du Code n'ont vu dans la préférence qu'ils ont accordée au preneur, qu'une conséquence de la règle précitée, et qu'ainsi c'est dans le sens de cette règle que doit être interprété l'art. 1743. Ceci posé, il n'y a plus aucune raison de distinguer entre l'hypothèse où le preneur a déjà pris possession de la chose louée, et celle où il n'est pas encore entré en jouissance de cette chose. Marinier, *Revue pratique*, 1859, VIII, p. 529. Marcadé, sur l'art. 1743, n° 2. Dijon, 21 avril 1827, Sir., 27, 2, 116. Chambéry, 28 novembre 1862, Sir., 63, 2, 87. Cpr. aussi : Troplong, II, 493 à 496. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 139 ; Duvergier, I, 281 et 541.

[34] Une pareille clause, stipulée par le bailleur, tant dans son intérêt qu'au profit de l'acquéreur éventuel, peut être invoquée par ce dernier, sans qu'il soit nécessaire que le bénéfice lui en ait été formellement transmis. Arg. art. 1121 et 1122. Duvergier, I, 543. Marcadé, sur les art. 1744 à 1749, n° 1. Zachariæ, § 369, texte et note 28. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 200 ; Duranton, XVII, 148 ; Troplong, II, 511. Cpr. cep. art. 1751 ; § 357, note 28.

[35] Cpr. Douai, 11 août 1837, Sir., 38, 2, 106. Cet arrêt, dont les motifs en droit ne nous paraissent pas exacts, a été bien rendu au fond, d'après les circonstances de l'espèce.

au terme fixé par l'usage des lieux; et, en matière de bail à ferme, il doit le laisser en jouissance jusqu'à l'expiration des délais indiqués par l'art. 1774[36].

Du reste, le preneur qui se trouve privé du bénéfice d'un bail qui n'avait point acquis date certaine antérieurement à l'aliénation, peut réclamer contre le bailleur des dommages-intérêts dont l'étendue doit être déterminée par le juge, conformément aux principes généraux[37].

Le principe que le bail verbal ou sans date certaine n'est point opposable à l'acquéreur, reste sans application au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Dans ce cas, le preneur a droit d'exiger de l'expropriant une indemnité de dépossession, bien que le bail ne se trouve pas constaté par un acte ayant acquis date certaine antérieurement au jugement d'expropriation[38].

(2) *Des règles particulières aux baux à loyer et aux baux à ferme*[1].

§ 370.

Des baux à loyer.

Le locataire d'une maison est tenu, sous peine de résiliation du bail, de la garnir de meubles suffisants pour assurer le paie-

[36] Pothier, n° 297. Delvincourt, III, p. 199. Duranton, XVII, 144. Duvergier, I, 546. Troplong, II, 505. Taulier, VI, p. 256. Marcadé, sur l'art. 1750, n° 1. Bruxelles, 13 vendémiaire an XIII, Sir., 5, 2, 22. Douai, 11 août 1837, Sir., 38, 2, 106. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 369, note 16; Turin, 21 juin 1810, Sir., 11, 2, 235; Douai, 15 février 1865, Sir., 65, 2, 293 : Montpellier, 4 mars 1867, Sir., 67, 2, 130.

[37] Zachariæ, § 369, texte et note 31.

[38] L'art. 21 de la loi du 3 mai 1841 ne subordonne pas à la condition de l'existence d'un bail ayant acquis date certaine, le droit à une indemnité de dépossession qu'il reconnaît au profit du preneur. Il résulte d'ailleurs de cet article que le bailleur, en faisant connaître le preneur à l'expropriant, se décharge sur ce dernier de l'obligation qui lui incombe, alors même que le bail n'a pas acquis date certaine, d'indemniser le preneur. Lyon, 7 août 1855, Sir., 55, 2, 637. Voy. en sens contraire : Lyon, 16 mars 1855, Sir., 55, 2, 236.

[1] Lorsqu'un bail comprend tout à la fois des bâtiments et des fonds de terre, et qu'il importe de savoir s'il est régi par les règles relatives aux baux à loyer, ou par celles qui concernent les baux à ferme, il faut s'attacher à l'importance relative des deux espèces d'immeubles, et à l'usage principal pour lequel ils ont été loués. Duvergier, II, 4. Bruxelles, 29 novembre 1809, Sir., 10, 2, 97.

ment du loyer [2], ou de fournir à cet effet d'autres sûretés au bailleur. Art. 1752.

Le législateur, n'ayant pas indiqué le nombre de termes de loyer dont le paiement doit être garanti par le mobilier du locataire, s'en est par cela même remis aux tribunaux, pour l'appréciation de la question de savoir si le locataire a suffisamment garni les lieux [3]. Ce dernier doit cependant, en général, être considéré comme ayant satisfait à cette obligation, lorsqu'il a meublé les localités louées suivant sa condition ou la destination de ces localités.

Les locataires ne sont pas tenus des réparations locatives des lieux dont la jouissance est commune entre eux [4].

Lorsqu'un bail à loyer est résilié par la faute du locataire, celui-ci est non-seulement tenu d'acquitter le terme courant, mais encore de continuer le paiement du loyer pendant le temps que l'usage des lieux laisse au propriétaire pour s'assurer d'un nouveau locataire [5], le tout sans préjudice aux dommages-intérêts dont il serait passible pour abus de jouissance. Art. 1760.

Le bailleur ne peut, à moins qu'il ne s'en soit réservé la faculté, résoudre le bail en déclarant que son intention est d'occuper lui-même la maison louée. Il en est ainsi, même dans le cas où il aurait un intérêt majeur à rentrer en jouissance de sa maison, et que son intention de le faire serait fondée sur des circonstances qu'il ne

[2] On ne peut, en pareil cas, prendre en considération que les meubles sur lesquels frappe le privilége du bailleur. Cpr. art. 2102, nº 1, et § 261.

[3] Duvergier, II, 16. — MM. Delvincourt (III, p. 201), Duranton (XVII, 157) et Zachariæ (§ 370, note 1re) pensent que le locataire a satisfait à l'obligation de garnir les lieux, lorsque son mobilier est suffisant pour répondre du loyer pendant le terme courant et le terme prochain, ainsi que des frais de saisie et de vente. Il serait difficile d'admettre cette opinion d'une manière absolue, d'autant plus que les anciens usages de Paris exigeaient que les meubles du locataire garantissent pleinement des loyers d'une année entière. Merlin, *Rép.*, vº Bail, § 7, nº 3.

[4] Lepage, *Lois des bâtiments*, II, p. 168 et 169. Duvergier, II, 25. Voy. en sens contraire : Pothier, nº 223.

[5] Tel est le sens des termes *le temps nécessaire à la relocation*, dont se sert l'art. 1760. Ces termes ne doivent pas s'entendre de tout l'intervalle qui pourrait s'écouler depuis la résiliation jusqu'au jour où le bailleur aurait effectivement reloué, *Rapport au Tribunat*, par Mouricault (Locré, *Lég.*, XIV, p. 435, nº 13 *in fine*). Duranton, XVII, 172. Duvergier, II, 79. Troplong, II, 621. Marcadé, sur l'art. 1760. Bordeaux, 19 mai 1849, Sir., 49. 2, 560. Req. rej., 1er juillet 1851, Sir., 51, 1, 481.

pouvait prévoir au moment du contrat[6]. Le bailleur qui s'est réservé la faculté dont il s'agit, ne peut en faire usage qu'en signifiant un congé à l'époque déterminée par l'usage des lieux. Il ne doit, du reste, aucun dédommagement au locataire[7]. Art. 1761 et 1762.

Lorsque les réparations à faire à une maison d'habitation sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable le logement du locataire et de sa famille, celui-ci est autorisé à faire résilier le bail, quoique ces réparations puissent être achevées avant l'expiration de quarante jours. Art. 1724, al. 3[8].

§ 371.

Des baux à ferme, en général; et du colonage partiaire, en particulier.

1° *Des baux à ferme ordinaires.*

Le bailleur de fonds de terre doit délivrer la contenance indiquée au contrat. Le preneur, de son côté, n'a droit qu'à cette contenance. Les droits et les obligations des parties, à raison d'un déficit ou d'un excédant de contenance, sont régis, à tous égards, par les règles posées, en matière de vente, dans les art. 1617 et suivants. Art. 1765. Ainsi, par exemple, le fermier est autorisé, dans les hypothèses prévues par les art. 1618 et 1620, à se désister du contrat. Ainsi encore, la durée de l'action en supplément ou en diminution de prix est restreinte à un an[1].

[6] L'art. 1761 a abrogé la loi *Æde* (*L. 3, C. loc. cond. 4, 65*).

[7] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 348 et 349, n° 44). Troplong, II, 626. Taulier, VI, p. 265. Marcadé, sur les art. 1761 et 1762. Voy. en sens contraire : Duvergier, II, 11. L'argument d'analogie que cet auteur croit pouvoir tirer de l'art. 1744, n'est pas fondé, puisque la position du bailleur qui vient occuper sa maison, est beaucoup plus favorable que celle du bailleur qui, en vendant l'immeuble loué, donne lieu à l'expulsion du preneur. Il nous semble même que la disposition de l'art. 1744, établissant une exception au principe *Damnum facere non videtur, qui suo jure utitur*, fournit un argument *a contrario*, et non un argument d'analogie, dans le cas prévu par l'art. 1761.

[8] La disposition de cet article, spéciale aux baux des maisons d'habitation, ne doit pas être étendue à l'hypothèse où des réparations à faire à une usine, à une manufacture, ou à des bâtiments d'exploitation rurale, priveraient le preneur d'une manière absolue de la jouissance de ces objets : *Non est eadem ratio*. M. Duvergier (I, 301) est cependant d'avis contraire.

[9] Merlin, *Rép.*, v° Bail, § 9, n° 2. Troplong, II, 658. Duvergier, II, 135. Marcadé, sur l'art. 1765. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 180. Cet auteur n'admet que la prescription trentenaire.

Le fermier est tenu, en vertu de son obligation de jouir en bon père de famille, de continuer la culture, de se pourvoir des animaux et ustensiles nécessaires à l'exploitation des fonds loués [2], d'appliquer les fourrages et les pailles qui en proviennent à la nourriture des bestiaux et à l'engrais des terres. Art. 1766.

Il est tenu, pour assurer le privilége du bailleur sur les fruits [3], d'engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail ou d'après l'usage. Art. 1767.

A défaut par le fermier d'accomplir ces diverses obligations, le bailleur a droit de le contraindre à les exécuter, ou de demander, selon les circonstances, la résiliation du bail. Art. 1766 et arg. de cet article.

Le fermier a droit à une réduction proportionnelle du fermage [4],

[2] Cette obligation est imposée au fermier, plutôt comme garantie d'une bonne culture, que dans la vue d'assurer le privilége du bailleur. Il en résulte que, pour savoir si le fermier a satisfait à cette obligation, il faut examiner, non point si les bestiaux et les ustensiles qu'il possède offrent un gage suffisant pour l'exécution du bail, mais uniquement s'ils suffisent aux besoins de l'exploitation. Duvergier, II, 100. Cpr. Paris, 10 décembre 1851, Sir., 52, 2, 192.

[3] Cpr. § 261, texte, n° 1 et note 13 à 16.

[4] Ce droit a toujours été envisagé comme une conséquence de la nature même du contrat de louage. Cpr. Pothier, n°s 144 et 153; Duranton, XVII, 190; Demante, *Programme*, III, 462; Troplong, II, 640, 695 et 696; Marcadé, sur les art. 1770 et 1771.— M. Duvergier (II, 149 et suiv.) a cherché à établir, contre l'opinion généralement reçue, que la réduction dont il s'agit n'est qu'une modification apportée en faveur du fermier, et dans l'intérêt de l'agriculture, aux principes qui régissent naturellement le louage; et c'est par suite de cette manière de voir qu'il a résolu, dans un sens défavorable au fermier, les questions indiquées aux notes 6 et 7 *infra*. Mais, quel que soit, en pure théorie, le sentiment que l'on adopte à cet égard, il nous paraît certain que les rédacteurs du Code Napoléon sont partis de l'idée que le bailleur doit procurer au preneur une jouissance continue et effective de la chose louée; en d'autres termes, qu'il doit lui garantir, non-seulement le droit abstrait de percevoir les fruits du fonds affermé, mais encore, dans une certaine mesure, la faculté physique et la possibilité matérielle de les recueillir. Cela résulte, à n'en pas douter, de l'art. 1771, qui refuse au fermier tout droit à une indemnité, lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de terre. Cette disposition, que l'on ne s'expliquerait pas, si la réduction dont parlent les articles 1769 et 1770 était une faveur accordée au fermier malheureux, repose évidemment sur ce que la perception des fruits s'étant effectuée par leur séparation du sol, l'obligation du bailleur s'est par cela même trouvée remplie. Voy. aussi : *Rapport fait au Tribunat*, par Mouricault, et *Discours au Corps législatif*, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XIV, p. 438 et p. 460, n° 10).

lorsque, par suite de cas fortuits, tels que grêle, feu du ciel, gelée, coulure, ou inondation, il est privé, dans une même année, de la moitié au moins de la récolte qu'il pouvait espérer d'obtenir, en prenant pour terme de comparaison une récolte ordinaire[5]. Toutefois, lorsque le bail a été fait pour plusieurs années, le fermier ne pourrait demander aucune remise, s'il avait été indemnisé de la perte qu'il a éprouvée, par les récoltes des années précédentes[6]. Quand le fermier ne se trouve pas indemnisé par ces récoltes, et que le bail n'est pas expiré, il faut en attendre la fin, pour apprécier, au moyen d'une compensation à établir entre toutes les années de jouissance, s'il reste encore en perte, et quel est le montant du dommage dont la bonification lui est due[7]. Le juge peut néanmoins, dans ce cas, provisoirement dispenser le fermier du paiement de partie de son fermage. Art. 1769 et 1770.

Pour apprécier la quotité de la perte éprouvée par le fermier,

[5] Duranton, XVII, 199. Duvergier, II, 154.

[6] Doit-on, pour savoir si le fermier se trouve indemnisé, prendre uniquement en considération l'excédant de récolte des bonnes années, sans égard aux déficits de moins de moitié que peuvent avoir présentés les autres années ? Ou doit-on, au contraire, défalquer de l'excédant des années abondantes le déficit, quel qu'il soit, des mauvaises années, et n'imputer en compensation au fermier que la différence en plus ? M. Duvergier (II, 175) et Marcadé (sur les art. 1770 et 1771, n° 4) se prononcent pour le premier mode d'appréciation, M. Duranton (XVII, 201), Troplong (II, 732) et Taulier (VI, p. 270) pour le second. Cette dernière opinion nous paraît préférable, puisque, en admettant le procédé que propose M. Duvergier, le fermier pourrait n'avoir pas de remise à réclamer, quoiqu'il ne fût pas réellement *indemnisé* par les années précédentes, ainsi que le suppose l'art. 1769, al. 1, et que, d'un autre côté, le second alinéa de cet article veut qu'il se fasse, à la fin du bail, une *compensation de toutes les années de jouissance*, ce qui indique clairement que l'on doit établir une balance entre les bonnes et les mauvaises années. Nous conviendrons cependant qu'il y a, jusqu'à un certain point, inconséquence dans la loi, en ce que, si la perte de plus de moitié arrive dans le cours du bail, et que le fermier se trouve à ce moment indemnisé par les récoltes antérieures, il serait, malgré les déficits de moins de moitié qu'il pourrait éprouver dans les dernières années, non recevable à réclamer une remise. Pour éviter cette inconséquence, il eût fallu, dans tous les cas, remettre à la fin du bail, le calcul de compensation à faire en pareille circonstance.

[7] Le fermier aurait droit à une réduction de fermage proportionnée à la perte qu'il éprouve en définitive, lors même que, par la compensation de toutes les années de jouissance, cette perte se trouverait réduite au-dessous de la moitié d'une récolte ordinaire. Duranton, XVII, 201. Voy. en sens contraire : Duvergier, II, 174.

il ne faut considérer que la quantité des fruits, et faire entièrement abstraction de leur qualité et de leur prix dans les différentes années[8]. Lorsque le bail comprend des fonds de nature diverse, affermés pour un seul et même prix, la perte doit s'estimer, non pas séparément pour chacun de ces fonds, mais en formant une masse de leurs diverses espèces de produits[9]. Que si les différents fonds compris dans un bail sont affermés pour des prix distincts et séparés, on procède comme si chacun de ces fonds faisait l'objet d'un bail séparé.

Le fermier n'a droit à aucune indemnité, pour perte de récoltes, dans les cas suivants :

a. Lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre ; et cela, dans le cas même où cette perte a été le résultat d'un cas fortuit extraordinaire[10]. Il en serait cependant autrement, si le bail était fait moyennant une quote-part des fruits[11], auquel cas le bailleur supporterait sa part de la perte, à moins que le preneur ne fût en demeure de lui livrer sa portion de récolte. Art. 1771, al. 1.

b. Lorsque la cause de la perte était existante et connue à l'époque où le bail a été passé. Art. 1771, al. 2.

c. Lorsque le fermier s'est expressément chargé des cas fortuits. Cette stipulation ne s'entend cependant que des cas fortuits ordinaires, et ne s'applique pas aux cas fortuits extraordinaires, tels que les ravages de la guerre, ou une inondation à laquelle le pays n'est pas ordinairement sujet, à moins que le fermier n'ait pris sur lui tous les cas fortuits prévus et imprévus[12]. Art. 1772 et 1773.

[8] Demante, *Programme*, III, 462. Duranton, XVII, 192. Duvergier, II, 155. Marcadé, sur les art. 1770 et 1771, n° 2. Thiry, *Revue pratique*, 1862, XIV, p. 209. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 717 ; Taulier, VI, p. 271.

[9] Voy. sur les difficultés que cette estimation peut présenter : Duranton. XVII, 196; Duvergier, II, 156 et 167.

[10] *Lex non distinguit*. Voy. en sens contraire : Zachariæ, 371, note 4. Metz, 10 mai 1825, Sir., 29, 2, 172.

[11] Il ne faut pas confondre le bail fait moyennant une *quote-part* de fruits (bail partiaire) avec le bail fait moyennant une *quantité fixe* de fruits. Au dernier cas, le fermier supporte seul la perte arrivée après la séparation des fruits. Zachariæ, § 372, note 4. Cependant, si c'était en fruits du fonds même que le fermage dût être acquitté, le fermier serait libéré par la perte totale de la récolte. Cpr. § 331, texte n° 2. Duranton, XVII, 207. Duvergier, II, 193 et 194.

[12] Cpr. Duvergier, II, 198 et suiv.

Mais la circonstance que le fermier se serait fait assurer contre le sinistre qu'il a éprouvé, ne le priverait pas du bénéfice des art. 1769 et 1770 [13].

Si le fermier avait été privé d'une partie plus ou moins notable de la récolte par suite de travaux entrepris par l'administration, il aurait droit d'exiger du bailleur, sauf le recours de celui-ci contre cette dernière, une indemnité proportionnée au dommage éprouvé; et cela, alors même qu'il se serait chargé de tous les cas fortuits prévus et imprévus [14].

Le fermier sortant doit laisser à celui qui lui succède dans la culture, les logements convenables et les autres facilités pour les travaux de l'année suivante. Et réciproquement, le fermier entrant doit procurer à celui qui sort, les mêmes facilités pour la consommation des fourrages et pour les récoltes qui restent à faire. On doit, sous l'un et l'autre rapport, se conformer à l'usage des lieux. Art. 1777. Cpr. art. 1767.

Le fermier sortant doit laisser les pailles et les engrais de l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance. Le propriétaire peut même, au cas contraire, les retenir contre paiement de leur valeur estimative. Art. 1778.

2° *Du colonage partiaire* [15].

Le colonage partiaire, malgré l'affinité qu'il présente avec le contrat de société, n'en constitue pas moins, quant à son caractère prédominant, une sorte de bail. Et dût-on y voir un contrat innommé, il faudrait toujours reconnaître que, d'après son objet principal et l'intention qui préside communément à sa formation, ce contrat se rapprocherait beaucoup plus du louage que de la société [16].

[13] Zachariæ, § 371, note 7 *in fine*. Req. rej., 4 mai 1831, Sir., 31, 1, 204.

[14] Cette proposition se déduit, par voie de conséquence, de l'obligation de garantie qui incombe au bailleur. Cpr. § 366, texte n° 3, lett. *d*. Et c'est bien à tort que la Cour de Turin (16 mai 1811, Sir., 11, 2, 353) a résolu la question par application des art. 1772 et 1773.

[15] Voy. sur cette matière : *Dissertation*, par Latreille, *Revue critique*, 1864, XXV, p. 392.

[16] La nature du colonage partiaire a, de tout temps, formé l'objet d'une vive controverse. Dans le système contraire à l'opinion que nous avons admise, ce colonnage constituerait une véritable société, ou tout au moins un contrat innommé dans lequel prédominerait le caractère de la société. Voy. en ce sens :

Nous croyons donc devoir poser en principe que le colonage partiaire est, en général, soumis aux mêmes règles que le bail à ferme ordinaire. Ce principe conduit aux conséquences suivantes :

a. Les art. 1774 et 1775, sur la durée présumée des baux ruraux, s'appliquent également au colonage partiaire, à moins que, d'après un usage constant, il ne prenne fin que par l'effet d'un congé [17].

b. Le colon partiaire est, comme tout autre preneur, soumis, pour le cas d'incendie, à la responsabilité établie par les art. 1733 et 1734 [18].

c. Le bailleur jouit, pour l'exécution des obligations imposées au colon partiaire et pour les avances faites à ce dernier, du privilége établi par l'art. 2102 [19].

Delvincourt, III, p. 105; Duranton, XVII, 176; Troplong, II, 637 à 642; Limoges, 21 décembre 1839, Sir., 39, 2, 406; Limoges, 6 juillet 1840, Sir., 41, 2, 167; Limoges, 26 août 1848, Sir., 49, 2, 321; Agen, 7 février 1850, Sir., 50, 2, 208; Bordeaux, 28 juin 1854, Sir., 55, 2, 21. Cpr. aussi : Grenoble, 20 mars 1863, Sir., 63, 2, 108. Ce système se réfute, à notre avis, par les considérations suivantes. Il est, entre autres, de l'essence du contrat de société : 1° que chaque associé soit tenu, pour sa part et portion, des engagements contractés par l'associé administrateur, dans les limites de son pouvoir d'administration ; 2° que chaque associé ait à supporter sa part dans les pertes. Or, ni l'une ni l'autre de ces conditions ne se rencontre dans le colonage partiaire. Le bailleur ne peut, en effet, être recherché en raison des engagements que le colon a contractés, fût-ce même pour l'exploitation du fonds. Et, d'un autre côté, si le bailleur n'est exposé à ne retirer qu'une faible portion de fruits, et à n'obtenir ainsi que de modiques bénéfices, il ne court cependant le risque d'aucune perte, dans le sens attribué à cette expression en matière de société. En résumé, il n'y a pas entre les parties de compte social à établir, mais un simple partage de fruits à opérer, sans décompte des dépenses que la production de ces fruits a pu occasionner. D'ailleurs, les termes mêmes de *bail, bailleur* et *preneur*, dont se servent les art. 1763 et 1764, comme aussi la circonstance que le Code s'est exclusivement occupé du colonage partiaire pour écarter, en ce qui le concerne, la disposition de l'art. 1717 et la règle établie par la première partie de l'art. 1771, prouvent évidemment que le point de vue auquel nous nous sommes placés est bien celui du législateur. Voy. en ce sens : Duvergier, I, 99, II, 87; Nîmes, 14 août 1850, Sir., 50, 2, 477.

[17] Limoges, 18 mars 1842, Sir., 42, 2, 522.

[18] Troplong, II, 473. Duvergier, I, 99. Marcadé, sur les art. 1733 et 1734, n° 3. Merger, *Revue pratique*, 1860, X, p. 150 et suiv., n° 67. Nîmes, 14 août 1850, Sir., 50, 2, 477. Voy. en sens contraire : Limoges, 21 février 1839, Sir., 39, 2, 406; Limoges, 6 juillet 1840, Sir., 41, 2, 167.

[19] Limoges, 26 août 1848, Sir., 49, 2, 321.

d. Enfin, le colonage partiaire n'est pas plus que le bail à ferme ordinaire, résolu de plein droit par la mort du preneur [20], sauf au bailleur à demander la résiliation du bail, si les héritiers de ce dernier ne présentent pas les conditions désirables pour sa bonne exécution.

Par exception au principe ci-dessus posé, le colon partiaire ne peut, ni céder son bail, ni sous-louer les fonds à lui affermés, bien que cette faculté ne lui ait pas été expressément interdite. Art. 1763. En cas de contravention à cette défense, le propriétaire est autorisé à demander la résiliation du bail avec dommages-intérêts, sans que le juge puisse, sous un prétexte quelconque, refuser de lui adjuger sa demande [21]. Art. 1764.

D'un autre côté, les art. 1769 et 1770, qui, de leur nature, ne s'appliquent qu'aux baux faits moyennant une redevance fixe, sont nécessairement étrangers au colonage partiaire [22].

[20] Cette proposition se justifie par les développements donnés à la note 16 *supra*. Elle se corrobore par le rapprochement des art. 1742 et 1795. Si le législateur avait pensé que la mort du colon partiaire dût nécessairement, et de plein droit, entraîner la résolution du bail, il n'aurait pas manqué de l'exprimer, comme il l'a fait pour le louage d'ouvrage, d'autant que la nécessité d'une dérogation expresse à la règle posée par l'art. 1742 se présentait, d'une manière beaucoup plus impérieuse dans la première hypothèse que dans la seconde, où la dérogation découle pour ainsi dire de la nature même des choses. Duranton, XVII, 178. Duvergier, II, 91. Marcadé, sur les art. 1763 et 1764, n° 2. Paris, 21 juin 1856, Sir., 56, 2, 560. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 203; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Bail partiaire, n° 8; Troplong, II, 645 et 646; Zachariæ, § 369, note 25.

[21] MM. Duvergier (II, 90) et Troplong (II, 644) professent l'opinion contraire, en appliquant à cette hypothèse la solution que nous avons nous-mêmes admise pour le cas où le preneur ordinaire contrevient à la défense de céder le bail ou de sous-louer. Cpr. § 368, texte n° 1 et notes 15 à 17; § 369, texte n° 3. Cette solution est à notre avis écartée, en matière de colonage partiaire, par les termes mêmes de l'art. 1764, qui, en accordant au bailleur *le droit de rentrer en jouissance*, et en ajoutant que le preneur *est condamné* aux dommages-intérêts résultant de *l'inexécution du bail*, refuse par cela même aux tribunaux le pouvoir d'appréciation que prétendent leur attribuer les auteurs précédemment cités. Delvincourt, *loc. cit.*

[22] L. 25, § 6, D. *loc. cond.* (19, 2), Troplong, II, 650. Marcadé, sur les art. 1770 et 1771, n° 6. Zachariæ, § 371, note 4. Cpr. art. 1771, al. 1; texte et note 11 *supra*.

β Du louage d'ouvrage.

§ 371 *bis*.

Le louage d'ouvrage (*sensu lato*) peut avoir pour objet, soit des services domestiques, industriels, ou commerciaux (*locatio operarum*), soit des œuvres à produire au moyen d'un travail de quelque nature que ce soit, mécanique, artistique, scientifique, ou littéraire (*locatio operis*).

Les actes dépendants d'une profession littéraire, scientifique, ou artistique, ne pouvant, directement et en eux-mêmes, former l'objet d'un engagement civilement obligatoire, la promesse de pareils actes ne saurait, alors même qu'elle a été faite avec stipulation de rémunération, être considérée comme un louage de services (*locatio operarum*) [1].

Le Code Napoléon indique trois espèces principales de louage d'ouvrage : le louage des domestiques et ouvriers ; celui des voituriers par terre et par eau ; et celui des entrepreneurs de travaux, par suite de devis ou marchés. Art. 1779.

L'intérêt que présentait, avant la loi du 26 avril 1855, le contrat de remplacement militaire, a repris toute son importance depuis l'abrogation des titres II, III et V de cette loi, par l'art. 2 de la loi du 28 avril 1868, qui a remis en vigueur les dispositions de la loi du 21 avril 1832, relatives à cette matière. Nous traiterons du contrat de remplacement militaire au § 372 *bis*.

[1] Cpr. § 344, texte et notes 2 à 4. Les auteurs qui, contrairement à notre manière de voir, considèrent la promesse, dont il est question au texte, comme pouvant devenir l'objet d'une convention civilement obligatoire, se divisent sur la nature de cette convention. Suivant MM. Duvergier (II, 268 et suiv.) et Taulier (VI, p. 284 et 297), elle formerait un louage de services. D'après d'autres auteurs, au contraire, elle constituerait un mandat. Voy. Pothier, *Du mandat*, n° 26; Merlin, *Rép.*, v° Notaire, § 6, n° 4; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, II, p. 443; Troplong, III, 791 à 811; Marcadé, sur l'art. 1779, n° 2; Zachariæ, § 372 *a*, note 12. Si nous avions à opter entre ces deux opinions, nous donnerions sans hésitation la préférence à celle de MM. Duvergier et Taulier. En effet, le caractère propre du mandat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant dans des actes juridiques, de l'obliger envers les tiers, et d'obliger les tiers envers lui. Or, dans les promesses de la nature de celles dont il s'agit, on ne trouve aucune trace d'un pareil pouvoir. L'homme qui exerce une profession libérale, accomplit les actes qui en dépendent, en son propre nom, et nullement au nom et comme représentant de ceux qui doivent en profiter.

§ 372.

Du louage des domestiques et ouvriers.

On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Art. 1780.

La convention conclue en contravention à cette prohibition est à considérer comme non avenue ; chacune des parties est libre de se refuser à son exécution, sans être tenue à des dommages-intérêts à raison du seul fait de sa rupture [1]. Toutefois, le temps de service écoulé jusqu'au moment où la convention serait rompue, devrait être payé au domestique. D'un autre côté, le maître qui, sans motifs légitimes, aurait rompu le contrat, devrait une indemnité au domestique, si l'exécution de la convention, pendant un certain temps, avait été, pour ce dernier, une cause de sacrifices ou de pertes.

La prohibition établie par l'art. 1780 s'étend aux engagements, qui, sans être ouvertement conclus pour la vie du domestique ou de l'ouvrier, seraient faits pour un délai tellement étendu, ou pour une entreprise d'une durée si longue, qu'ils devraient, selon toutes les probabilités, lier jusqu'à leur mort ceux qui les auraient contractés [3]. Il appartient aux tribunaux d'apprécier ces probabilités.

La disposition de l'art. 1780 ne forme pas obstacle à ce que le maître puisse valablement s'engager à garder jusqu'à sa mort le

[1] Duranton, XVII, 226. Duvergier, II, 284 et suiv. Taulier, VI, p. 299. Marcadé, sur les art. 1780 et 1781, n° 2. Paris, 20 juin 1826, Sir., 27, 2, 53. Bordeaux, 23 janvier 1827, Sir., 27, 2, 92. C'est à tort que MM. Troplong (III, 856) et Larombière (*Des obligations*, I, p. 335, n° 30) enseignent que la contravention à l'art. 1780 n'engendre qu'une nullité relative, proposable par le domestique seulement. Le vice de la convention, ne tenant pas au consentement des parties, mais au caractère illicite de l'engagement qui en forme l'objet, doit la faire considérer comme non avenue. Cpr. § 343.

[2] Marcadé, *loc. cit.* Paris, 20 juin 1826, Sir., 27, 2, 53. Lyon, 4 mai 1865, Sir., 66, 2, 191.

[3] On ne peut, en effet, faire indirectement, ce que la loi défend de faire ouvertement. Merlin, *Rép.*, v° Salaire. Delvincourt, sur l'art. 1780. Duranton, Duvergier et Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 372 *a*, texte et note 3. Cpr. civ. rej., 19 décembre 1860, Sir., 61, 1, 504 ; Lyon, 19 décembre 1867, Sir., 68, 2, 253.

domestique avec lequel il traite, en ce sens qu'il n'est en pareil cas autorisé à le renvoyer, qu'à la charge de l'indemniser [4].

Lorsque la durée d'un louage de services n'est déterminée, ni par une convention expresse ou par l'usage des lieux, ni par la nature des travaux à exécuter ou des services à rendre, chacune des parties a le droit de résilier le contrat, en donnant à l'autre un avertissement ou congé dans le délai fixé par l'usage [5]. Chacune des parties peut même rompre instantanément le contrat ; mais si la rupture a lieu sans motifs légitimes, celle qui en est l'auteur, doit indemniser l'autre du préjudice que cette rupture lui fait éprouver [6].

Si la durée du louage de services se trouve, au contraire, déterminée, chacun des contractants doit, à peine de dommages-intérêts, exécuter ses engagements jusqu'au terme fixé [7].

Le domestique ou l'ouvrier ne peut, en général, quitter son service, même pour des motifs honnêtes, par exemple, pour se marier, pour aller assister ses père et mère, ou pour s'engager volontairement au service militaire [8]. Mais, s'il était appelé au service militaire par la loi sur le recrutement, il ne serait passible d'aucuns dommages-intérêts envers le maître dont il quitterait le service par ce motif.

Le domestique ou l'ouvrier est en droit d'abandonner son service, lorsque le maître ne lui paie pas ses gages, qu'il le maltraite par des voies de fait ou des propos outrageants, ou lorsque, chargé de pourvoir à sa subsistance et à son entretien, il ne remplit pas convenablement cette obligation.

Le maître, de son côté, est autorisé à renvoyer, avant le temps

4 Duvergier, II, 286. Troplong, III, 857. Taulier, VI, p. 300. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 372 *a*, note 2.

5 Cpr. Duranton, XVII, 229 ; Duvergier, II, 289.

6 Civ. rej., 8 février 1859, Sir., 59, 1, 102. Paris, 16 mars 1859, Sir., 59, 2, 381. Paris, 9 mai 1865, Sir., 65, 2, 210. Paris, 19 mars 1867, Sir., 67, 2, 85. Grenoble, 27 janvier 1867, et Lyon, 26 novembre 1867, Sir., 68, 2, 223.

7 Bordeaux, 3 juin 1867, Sir., 68, 2, 118.

8 Pothier, nos 170 et 171. Merlin, *Rép.*, vo Domestique, § 4. Duvergier, II, 293 et 294. Zachariæ, § 372 *a*, texte et note 11. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 232. — Les dommages-intérêts doivent, en pareil cas, être estimés moins rigoureusement, que quand le domestique quitte son service par paresse, par libertinage, ou dans l'espoir d'obtenir ailleurs un salaire plus élevé.

fixé, le domestique ou l'ouvrier qui manque gravement à ses devoirs, ou qui se trouve incapable de remplir le service pour lequel il s'est engagé.

Le domestique ou l'ouvrier qui est empêché, par suite de maladie, de remplir le service pour lequel il s'est engagé, n'est pas pour ce motif passible de dommages-intérêts, sauf au maître à retenir une partie des gages, eu égard à la durée de la maladie [9].

Les ouvriers et gens de travail qui se louent à la journée, ne peuvent réclamer le salaire qui leur a été promis, ou n'ont droit qu'à une part proportionnelle de ce salaire, lorsque, par un événement de force majeure, ils ont été empêchés de travailler pendant tout ou partie de la journée [10].

La disposition de l'art. 1781, contre laquelle s'étaient élevées des critiques peut-être exagérées, ayant été abrogée par la loi du 2 avril 1868, les règles ordinaires sur la preuve sont désormais applicables à toutes les contestations qui peuvent s'élever entre les maîtres et les domestiques ou ouvriers, que la convention de louage de services ait été ou non constatée par écrit [11].

La mort du domestique ou de l'ouvrier résout de plein droit l'engagement qu'il a contracté. Arg. art. 1122.

Les rapports entre patrons et ouvriers sont, en outre, régis par des lois particulières [12].

Les règles qui viennent d'être exposées, s'appliquent, par analogie, au louage de services conclu avec des personnes qui ne rentrent pas dans la classe des domestiques ou ouvriers proprement dits, par exemple, aux engagements d'un précepteur, ou d'un commis [13].

[9] Zachariæ, § 372 *a*, texte et note 4. — Toutefois, cette retenue ne pourrait avoir lieu pour une indisposition qui n'aurait duré que peu de jours. Pothier, n° 168. Duranton, XVII, 234. Duvergier, II, 292.

[10] Il est bien entendu que le salaire leur est dû, quand c'est par le fait du maître qu'ils ont été empêchés de travailler, par exemple, quand ce dernier a engagé plus de personnes qu'il ne lui en fallait. Pothier, n° 167. Duranton, XVII, 228. Duvergier, II, 290.

[11] Voy. sur les conséquences de l'abrogation de l'art. 1781 : les observations de M. Peaucelier, *Revue critique*, 1869, XXXIV, p. 513.

[12] Cpr. Loi du 22 germinal an XI ; Arrêté du 9 frimaire an XII ; Loi des 29 novembre, 29 janvier et 7 mars 1850 ; Loi des 25 avril, 8 et 14 mai 1851. Voy. aussi sur le contrat d'apprentissage : Loi des 22 janvier, 3 et 22 février 1851.

[13] Voy. notamment les arrêts cités à la note 6 *supra*.

§ 372 *bis*.

Du contrat de remplacement militaire[1].

Le contrat de remplacement militaire est une sorte de contrat de louage de services, par lequel une personne s'oblige, moyennant un certain prix, à en remplacer une autre au service militaire.

Il résulte de l'objet de cette convention que, si le remplacé était obligé de servir, par suite d'une loi nouvelle qui appelât le remplaçant sous les drapeaux, pour son propre compte, il ne devrait le prix de remplacement que dans la proportion du temps pendant lequel ce dernier aurait servi, ou serait censé avoir servi pour lui[2]. Arg. art. 1722.

Le remplaçant perd tout droit à la portion du prix de remplacement, correspondant au temps pendant lequel il a été réellement sous les drapeaux, par cela seul qu'à raison de sa désertion dans l'année de garantie et de sa non-arrestation dans ce délai[3], le remplacé s'est trouvé exposé à servir lui-même, peu importe que de fait il n'ait pas été appelé sous les drapeaux[4].

Le contrat de remplacement a pour objet unique de libérer le remplacé du service militaire. Le remplaçant doit donc être considéré comme ayant rempli son engagement, par cela seul qu'il a procuré au remplacé sa libération complète et définitive. Il en ré-

[1] D'après l'art. 24 de la loi du 21 mars 1832, sur le recrutement de l'armée, le contrat de remplacement, avec lequel il ne faut pas confondre l'acte administratif de remplacement, est régi par les principes du Droit civil.

[2] *Dissertation*, Sir., 15, 2, 27. Zachariæ, § 372 *b*, texte et note 3. Nîmes, 23 mars 1811, Sir., 11, 2, 443. Turin, 24 juin et 4 juillet 1810, Sir., 14, 2, 80. Req. rej., 9 mai 1815, Sir., 15, 1, 310. Civ. rej., 20 juin 1826, Sir., 27, 1, 210. Voy. en sens contraire : Colmar, 2 janvier 1811, Sir., 11, 2, 108 ; Nîmes, 8 août 1810, Sir., 13, 2, 49 ; Bruxelles, 17 février 1810, Sir., 14, 2, 45.

[3] Aux termes de l'art. 23 de la loi du 21 mars 1832, le remplacé n'est responsable de la désertion de son remplaçant que pendant un an, à compter du jour de l'acte administratif de remplacement passé devant le préfet. Encore sa responsabilité cesse-t-elle, lorsque le remplaçant est arrêté pendant ce délai, qu'on nomme l'année de garantie.

[4] Zachariæ, § 372 *b*, texte et note 4. Req. rej., 25 novembre 1817, Sir., 18, 1, 195. Civ. rej., 10 août 1818, Sir., 19, 1, 8. Civ. rej., 22 août 1826, Sir., 27, 1, 183. Voy. en sens contraire : Orléans, 21 décembre 1822, Sir., 23, 2, 192 ; Req. rej., 9 février 1825, Sir., 25, 1, 305.

sulte qu'il a droit à la totalité du prix de remplacement, bien que, par des événements imprévus, la durée de son service ait été abrégée[5], ou qu'il ait déserté, soit après l'année de garantie, soit même pendant cette année, si, dans ce dernier cas, il a été arrêté avant l'expiration du délai de garantie[6].

Quand le remplaçant n'a pas traité avec le remplacé personnellement, mais avec un agent de remplacement, il ne jouit pas contre le remplacé de l'action *negotiorum gestorum*[7], et ne peut, même au cas d'insolvabilité de cet agent, ni réclamer par voie d'action directe au détriment des autres créanciers, la somme dont le remplacé serait encore redevable[8], ni exercer de privilége sur cette somme[9].

La question de savoir si le remplaçant qui a traité avec le père du remplacé, est autorisé à réclamer de ce dernier le prix de remplacement, doit, à notre avis, se résoudre par une distinction entre le cas où le père n'a agi qu'en son propre et privé nom, et celui où il a stipulé et s'est engagé au nom et pour le compte de son fils.

[5] Montpellier, 3 janvier 1815, Sir., 16, 2, 140. Civ. cass., 28 décembre 1818, Sir., 19, 1, 172. Civ. cass., 27 janvier 1819, Sir., 19, 1, 243. Civ. cass., 10 juillet 1820, Sir., 20, 1, 413.

[6] Orléans, 21 décembre 1822, Sir., 23, 2, 191. Paris, 29 août 1823, Sir., 25, 2, 73. Req. rej., 9 février 1825, Sir., 25, 1, 305. Req. rej., 13 août 1828, Sir., 29, 1, 26. Civ. rej., 14 février 1838, Dalloz, 1838, 1, 105. Grenoble, 6 mai 1848, Sir., 49, 2, 14.

[7] Le remplaçant et l'agent de remplacement, ayant traité en leur nom personnel et dans leur propre intérêt, ne sauraient être considérés comme *negotiorum gestores* du remplacé. Marcadé, sur l'art. 1779, n° 3. Zachariæ, § 372 *b*, texte et note 2. Bourges, 8 mars 1830, Sir., 30, 2, 298. Toulouse, 26 mai 1830, Sir., 30, 2, 266. Grenoble, 11 janvier et 13 avril 1831, Sir., 32, 2, 23 et 24. Lyon, 29 juin 1831, Sir., 32, 2, 113. Req. rej., 21 novembre 1832, Sir., 33, 1, 13. Req. rej., 10 avril 1833, Sir., 33, 1, 271. Req. rej., 21 mai 1833, Sir., 33, 1, 765. Bordeaux, 12 juillet 1833, Sir., 34, 2, 19. Voy. cep. en sens contraire: Montpellier, 1er août 1827, Sir., 27, 2, 220; Nîmes, 8 juillet 1830, Sir., 31, 2, 132; Montpellier, 26 janvier 1832, Sir., 32, 2, 203.

[8] Troplong, III, 837. Marcadé, *loc. cit.* Rouen, 4 août 1838, et Paris, 16 août 1838, Sir., 38, 2, 514. Civ. cass., 13 janvier 1841, Sir., 41, 1, 401. Voy. en sens contraire: Zachariæ, § 372 *b*, texte et note 2, *in fine*; Lyon, 26 février 1834, Sir., 35, 2, 159; Paris, 23 novembre 1835, Sir., 38, 2, 33.

[9] Marcadé, *loc. cit.* Voy. aussi dans ce sens les arrêts cités en tête de la note précédente. Voy. en sens contraire: Troplong, III, 838; Lyon, 25 mars 1833, Sir., 33, 2, 539. L'art. 2102, n° 3, invoqué à l'appui de cette dernière opinion, n'a aucun trait à la question.

Au premier cas, le remplaçant n'a point, en général, d'action contre le remplacé, bien que celui-ci ait signé l'acte administratif de remplacement, et peu importe qu'il fût majeur ou mineur au moment de la passation du contrat de remplacement[10]. Au second cas, le remplaçant jouit contre le remplacé de l'action *negotiorum gestorum*, à supposer que, d'après sa position personnelle ou de fortune, le remplacement fût à considérer comme constituant à son égard un acte de gestion utile[11].

Les compagnies de remplacement, établies sans autorisation du gouvernement, n'en sont pas moins recevables à réclamer en justice l'exécution des conventions passées, soit avec des remplaçants, soit avec des jeunes gens appelés au service ou avec leurs parents[12].

La même solution doit être admise pour les sociétés ordinaires d'assurances mutuelles contre les chances du recrutement[13].

[10] Zachariæ, § 372 *b*, texte et note 2. Cette solution est généralement admise pour le cas où le remplacé était déjà majeur lors de la passation du contrat de remplacement. Marcadé, *loc. cit.* Paris, 20 février 1840, Sir., 40, 2, 473. Bourges, 27 novembre 1850, Sir., 51, 2, 154. Caen, 20 décembre 1850. Sir., 52, 2, 246. Mais elle est contestée pour le cas de minorité, par le motif que le père devrait, en pareil cas, être considéré comme le *negotiorum gestor* du remplacé. Voy. en ce sens : Marcadé, *loc. cit.*; Paris, 7 février 1814, Sir., 15, 2, 87 ; Paris, 3 juin 1829, Sir., 29, 2, 234 ; Bourges, 5 décembre 1832, Sir., 33, 2, 634 ; Paris, 20 février 1840, Sir., 40, 2, 148. Nous ne comprenons pas comment l'état de minorité du remplacé pourrait avoir pour effet de transformer en gestion d'affaires une opération qui n'aurait pas eu ce caractère, s'il avait été majeur, et de rendre sa condition pire à raison même de sa minorité. D'ailleurs, n'est-il pas possible, et même présumable, que le père, qui n'a traité qu'en son propre et privé nom, a eu l'intention d'exercer envers son fils un acte de libéralité, dans le cas où il est mineur, aussi bien que dans celui où il est majeur.

[11] Cpr. Amiens, 11 juillet 1840, Sir., 42, 2, 415.

[12] Une ordonnance du 14 novembre 1821 avait prescrit la nécessité d'une autorisation royale pour l'établissement des compagnies de remplacements militaires. En vertu de cette ordonnance, une jurisprudence à peu près constante avait, pendant longtemps, refusé aux compagnies et même aux agents non autorisés le droit de poursuivre l'exécution des obligations contractées envers eux. Voy. Req. rej., 11 avril 1827, Sir., 27, 1, 431 ; Bordeaux, 25 mars 1831, Sir., 32, 2, 304. Civ. cass., 5 mars 1833, Sir., 33, 1, 269. Mais, depuis la promulgation de la loi du 21 mars 1832, les tribunaux ont, avec raison, abandonné cette jurisprudence. Voy. Bourges, 18 mars 1833, Sir., 33, 2, 633 ; Paris, 5 août 1834, Sir., 34, 2, 463; Paris, 5 décembre 1834, Dalloz, 1835, 2, 171 ; Grenoble, 25 janvier 35, Dalloz, 35, 2, 66.

[13] Civ. rej., 16 avril 1856, Sir., 56, 1, 705.

Mais les engagements contractés envers une association ayant le caractère de tontine, ne seraient pas civilement obligatoires, si cette association n'avait pas été autorisée par le gouvernement [14].

Le contrat d'assurances contre les chances du recrutement militaire, n'est ni résilié ni modifié par la circonstance qu'une loi ultérieure aurait élevé le chiffre du contingent de l'année [15], à moins que le contraire ne doive être admis d'après les termes ou l'ensemble des clauses du contrat [16].

§ 373.

Du louage des voituriers par terre et par eau [1].

On appelle voiturier (*sensu lato*) tout individu qui se charge, moyennant un certain prix, de transporter en un lieu déterminé des personnes ou des choses. Ce terme, pris dans son acception la plus étendue, comprend donc : 1° les individus qui entreprennent accidentellement un transport ; 2° les voituriers proprement dits, dont la profession consiste à faire habituellement des transports, tels que les rouliers, les bateliers, les loueurs de voitures parti-

[14] Cpr. § 54, note 22. Civ. rej., 27 mai 1856, Sir., 56, 1, 705 et 707. Req. rej., 6 janvier 1857, Sir., 57, 1, 361. Civ. cass., 4 février 1868, Sir., 68, 1, 133.

[15] Le contrat d'assurance, essentiellement aléatoire, couvre de sa nature tous les risques inhérents à l'objet de la convention. Girard de Vasson, *Revue critique*, 1851, VI, p. 441. Orléans, 24 mai et 15 juillet 1854, et Douai, 6 juillet 1854, Sir., 54, 2, 383 à 385. Civ. cass., 9 janvier 1856, Sir., 56 1, 129. Civ. cass., 9 avril 1856, Sir., 56, 1, 485. Civ. rej., 16 avril 1856, Sir., 56, 1, 705. Civ. cass., 28 décembre 1858 et 7 mars 1859, Sir., 59, 1, 233. Voy. en sens contraire : Paris, 26 mai 1854, Rouen, 6 juin 1854, Douai, 9 mai 1854, Rennes, 21 juin 1854, et Aix, 23 juin 1854, Sir., 54, 2, 376 à 381.

[16] Civ. rej., 1er décembre 1856, Sir., 57, 1, 526. Civ. rej., 27 février 1863, Sir., 63, 1, 312.

[1] Voy. sur cette matière : *Du contrat de louage des voituriers par terre et par eau*, par Hutteau fils ; Paris, 1806. Ce traité se trouve dans l'édition des *Œuvres de Pothier*, par Hutteau et Bernardi, à la suite du contrat de louage. *Das Frachtfahrrecht*, par J. C. F. Münser ; Hanôvre, 1810, 2 vol. in-8°. *Nouveau Code voiturin*, par Lafargue ; Paris, 1827, 1 vol. in-8°. *Code des maîtres de poste, des entrepreneurs de diligence et de roulage*, etc., etc., suivi d'un *Traité sur la responsabilité des voituriers en général*, par Lanoé ; Paris, 1827, 2 vol. in-8°. *Traité du contrat de louage et de dépôt appliqué aux voituriers entrepreneurs de messageries de roulage*, etc., par Vanhuffel ; Paris, 1841. 1 vol. in-8°.

culières, et notamment de voitures de place[2]; 3° les commissionnaires de transport par terre et par eau; 4° les entrepreneurs de voitures publiques; 5° les compagnies de chemins de fer[3].

Le louage de transport, qui, comme toute autre convention, peut être contracté expressément ou tacitement, est censé tacitement conclu, dès que les objets à transporter ont été remis au voiturier ou aux personnes qu'il a préposées à cet effet[4], soit dans le bâtiment ou dans la voiture, soit même sur le port, dans l'entrepôt, ou dans le bureau à ce destiné. Arg. art. 1783.

La convention de transport et la remise des choses qui en forment l'objet, ne peuvent, en général, être prouvées par témoins que dans les limites indiquées par l'art. 1341, lorsque cette convention a été conclue avec une personne qui ne se charge pas habituellement de transports[5]. Il en est autrement, lorsqu'elle a été faite avec un voiturier proprement dit, un commissionnaire de transports, ou un entrepreneur de voitures publiques : dans ce cas, la preuve testimoniale est indéfiniment admissible contre ces personnes, conformément aux principes reçus en matière commerciale[6].

[2] Civ. cass., 1er mai 1855, Sir., 55, 1, 433.

[3] Req. rej., 5 février 1856, Sir., 56, 1, 687. Req. rej., 9 juin 1859, Sir., 59, 1, 56. Civ. cass., 20 juillet 1868, Sir., 68, 1, 386.

[4] On ne doit considérer comme préposés à la réception des objets destinés à être transportés, que les personnes qui ont reçu une mission spéciale à cet effet. Ainsi les domestiques d'un voiturier et les conducteurs de voitures publiques n'ont pas, en cette seule qualité, pouvoir de recevoir des objets à transporter. Duvergier, II, 327 et 328. Req. rej., 5 mars 1811, Sir., 11, 1, 178. Civ. cass., 29 mars 1814, Sir., 14, 1, 102. Toulouse, 9 juillet 1829, Sir., 30, 2, 47. — Cependant un conducteur de voitures publiques doit être considéré comme ayant qualité pour recevoir les objets qui lui sont remis dans les lieux intermédiaires où l'entrepreneur n'a pas de bureau.

[5] Aucune disposition ne modifie à cet égard les règles générales sur la preuve testimoniale. Si l'art. 1782 soumet les voituriers aux mêmes obligations que les aubergistes pour la garde et la conservation des objets qui leur sont confiés, on ne peut en conclure que la remise faite à un voiturier d'objets destinés à être transportés constitue, comme la remise faite à un aubergiste des effets apportés par un voyageur, un dépôt nécessaire, susceptible d'être prouvé par témoins, quelle qu'en soit la valeur. Duranton, XVII, 242. Duvergier, II, 321. Marcadé, sur les art. 1782 à 1786, n° 1. Zachariæ, § 373, note 5.

[6] La raison en est que, de la part de ces personnes, le louage de transport constitue un acte de commerce, dont l'existence peut, par conséquent, être prouvée contre elles par témoins. Cpr. Code de commerce, art. 103 et suiv., 109 et 632. Marcadé, *loc. cit.*

L'obligation imposée par l'art. 1785 aux commissionnaires de transports et aux entrepreneurs de voitures publiques d'inscrire, sur un registre tenu à cet effet, les objets dont le transport leur est confié, ne modifie pas, en général, l'application de ces principes. Ainsi, le défaut d'inscription ne décharge pas les commissionnaires de la responsabilité à laquelle ils sont soumis [7], et n'est point, par lui-même, un obstacle à l'admission de la preuve testimoniale [8]. Que si l'inscription avait eu lieu, la preuve testimoniale ne devrait être reçue contre les mentions portées au registre qu'autant que des circonstances particulières rendraient vraisemblables les allégations de ceux qui en contesteraient l'exactitude [9].

Le voiturier est, sauf les causes d'excuse admises par la loi, responsable de la perte et des avaries des choses qui lui ont été confiées, nonobstant toute convention contraire [10]. A plus forte raison demeure-t-il responsable, bien que, dans des prospectus ou annonces publiques, il ait déclaré ne vouloir se charger d'aucune responsabilité [11].

Le voiturier ne peut se soustraire à la responsabilité qui pèse sur lui, en offrant de prouver qu'il a apporté à la conservation de la chose tous les soins d'un bon père de famille; il faut qu'il établisse que le dommage a été occasionné par cas fortuit, par un événement de force majeure, ou par le vice propre de la chose,

[7] Zachariæ, § 373, note 6. Grenoble, 29 août 1833, Sir., 34, 2, 622. Cour d'Alger, 16 décembre 1846, Sir., 47, 2, 88. L'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1829 (Req. rej., Sir., 29, 1, 411) n'est pas contraire à notre manière de voir. Dans l'espèce de cet arrêt, il n'était pas établi que le sac de nuit dont on réclamait la valeur, eût été remis à une personne à ce préposée.

[8] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 357 et suiv., nº 9). Maleville, sur l'art. 1786. Taulier, VI, p. 307. Marcadé, *loc. cit.* Voy. cep. Troplong, III, 955 et 956.

[9] *Discussion au Conseil d'État* sur l'art. 1786. (Locré, *op. et loc. citt.*). Hutteau, chap. II. Taulier, *loc. cit.* Zachariæ, *loc. cit.*

[10] Il ne peut être valablement stipulé que le voiturier ne sera pas responsable des avaries provenant de sa faute ou de celle de ses préposés. Civ. rej., 26 janvier 1859, Sir., 59, 1, 316. Bordeaux, 5 mars 1860, Sir., 60, 2, 388. Req. rej., 28 mars 1860, Sir., 60, 1, 899.

[11] Zachariæ, § 373, note 10. Req. rej., 21 janvier 1807, Sir., 7, 1, 138. Cour d'Alger, 16 décembre 1846, Sir., 47, 2, 88. Paris, 14 août 1847, Sir., 47, 2, 509.

auquel on peut assimiler le défaut d'emballage convenable [12]. Art. 1784, et Code de commerce, art. 103. Cette preuve est susceptible de se faire par témoins; et il n'est pas nécessaire pour son admission, en ce qui concerne les cas fortuits et de force majeure, que le voiturier les ait fait constater immédiatement par des procès-verbaux réguliers, dressés sur les lieux mêmes [13].

Conformément à la règle générale, le voiturier serait même responsable du dommage arrivé par cas fortuit ou force majeure, si ce dommage avait été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle il n'aurait pas eu lieu [14].

Du reste, sa responsabilité doit être appréciée d'après les principes qui régissent celle de l'aubergiste. Art. 1782. Ainsi, il serait tenu de la perte arrivée par suite d'un vol qui n'aurait pas été commis avec force armée ou autre force majeure. Art. 1953 et 1954 [15].

Le voiturier qui ne représente pas les choses qui lui ont été confiées, est tenu d'en payer la valeur intégrale [16]. Il en serait ainsi quand même cette valeur n'aurait pas été déclarée [17], et que le

[12] Cette assimilation devrait être admise sans difficulté, si la défectuosité de l'emballage n'était pas apparente. Duvergier, II, 331.

[13] Ce mode de constatation est sans doute une mesure que la prudence conseille au voiturier de prendre, mais elle n'est pas obligatoire pour lui en cas de perte ou d'avarie : l'art. 97 du Code de commerce ne s'applique qu'au cas de retard. Marcadé, sur les art. 1782 à 1786, n° 2. Civ. cass., 5 mai 1858, Sir., 58, 1, 677. Voy. cep. Zachariæ, § 373, note 12.

[14] Merlin, *Rép.*, v° Messageries, § 11, n° 2. Duvergier, II, 330. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, II, 545. Metz, 18 janvier 1815, Sir., 19, 2, 78. Civ. cass., 23 août 1858, Sir., 60, 1, 984.

[15] Req. rej., 2 thermidor an VIII, Sir., 1, 1, 315. Paris, 3 mai 1831, Sir., 33, 2, 186. Cpr. § 406.

[16] Les messageries particulières ne peuvent se prévaloir de l'art. 62 de la loi des 23-24 juillet 1793, d'après lequel les messageries nationales, qui ont été supprimées par la loi du 9 vendémiaire an VI, ne devaient, en cas de perte des objets qui leur avaient été confiés, qu'une somme fixe de cent cinquante francs. Merlin, *Rép.*, v° Messageries, § 2, n°s 4 à 7 ; v° Voiturier, n° 5. Toullier, X, 447. Troplong, III, 925. Duvergier, II, 322. Taulier, VI, p. 309. Marcadé, *loc. cit.* Civ. cass., 6 février 1809, Sir., 9, 1, 173. Paris, 19 avril 1809, Sir., 9, 2, 394. Rouen, 20 février 1816, Sir., 16, 2, 108. Lyon, 6 mars 1821, Sir., 21, 2, 223. Req. rej., 18 juin 1833, Sir., 33, 1, 706. Cour d'Alger, 16 décembre 1846, Sir., 47, 2, 88.

[17] Merlin, *Rép.*, v° Voiturier, § 5. Zachariæ, § 373, texte et note 7. Paris, 7 juillet 1832, Sir., 32, 2, 469. Req. rej., 18 juin 1833, Sir., 33, 1, 705 Grenoble, 27 août 1833, Sir., 34, 2, 622.

bulletin remis au voyageur porterait qu'en cas de perte il n'aurait droit qu'à une somme fixe et déterminée [18]. Toutefois, quand il s'agit de titres de créances, d'argent, de bijoux ou d'autres effets précieux, renfermés dans une malle ou dans un paquet dont le contenu n'a pas été déclaré, le voiturier n'est, en général, tenu d'indemniser le propriétaire que dans la proportion de la valeur d'objets ordinaires [19]. Les mêmes règles s'appliquent, par analogie, au cas d'avaries. Lorsqu'il y a contestation sur la valeur des choses remises au voiturier, que ce dernier ne peut représenter, les tribunaux sont autorisés, à défaut de renseignements propres à la faire connaître, à déférer à l'expéditeur ou au voyageur le serment *in litem* [20]. Art. 1369.

La responsabilité de l'administration des postes, comme agent de transport des lettres qui lui sont confiées, est réglée d'une manière spéciale par les lois du 5 nivôse an v et du 4 juin 1859 [21]. Aux termes des art. 14 et 16 de la première de ces lois, l'administration des postes n'encourt aucune responsabilité au cas de perte d'une lettre, même affranchie, mais non chargée. Elle est, au contraire, responsable de la perte d'une lettre chargée; mais l'indemnité dont elle est passible est limitée à 50 fr., quelle que soit l'importance des valeurs renfermées dans la lettre. Cette dernière règle a été modifiée par l'art. 3 de la loi du 4 juin 1859, d'après lequel l'administration des postes est, sauf le cas de force majeure, respon-

18 Marcadé, *loc. cit.* Douai 17 mars 1847, Sir., 47, 2, 207. Paris, 14 août 1847, Sir., 47, 2, 510. Tours, 23 novembre 1847, Sir., 48, 2, 15. Voy. aussi les arrêts cités à la note 11 *supra*.

19 Toullier, XI, 255. Duvergier, II, 329. Taulier, VI, p. 310. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 373, texte et note 8. Bruxelles, 28 avril 1810, Sir., 11, 2, 21. Cpr. Paris, 2 avril 1811, Sir., 14, 2, 100; Req. rej., 16 avril 1828, Sir., 29, 1, 163; Douai, 17 mars 1847, Sir., 47, 2, 207; Paris, 7 décembre 1858, Sir., 59, 2, 244. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 950.

20 Toullier, XI, 254 et 256, Duvergier, II, 322 et 323. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 373, texte et note 14. Paris, 9 avril 1809, Sir., 11, 2, 394. Paris, 7 juillet 1832, Sir., 32, 2, 469. Grenoble, 29 août 1833, Sir., 34, 2, 622.

21 Il est à remarquer que les dispositions de ces lois spéciales ne sont plus applicables, lorsque les valeurs insérées dans une lettre ont été soustraites par un employé de l'administration des postes. En pareil cas cette administration est tenue, conformément à l'art. 1384, de répondre intégralement du fait de son agent. Crim. cass., 12 janvier 1849, Sir., 49, 1, 43. Paris, 6 août 1850, Sir., 50, 2, 404. Cpr. § 447.

sable, jusqu'à concurrence de 2,000 fr., des effets ou titres au porteur insérés dans des lettres chargées, avec déclaration de leur valeur.

Le transport doit être effectué dans le délai fixé par la convention, faute de quoi le voiturier peut être condamné aux dommages-intérêts du voyageur, de l'expéditeur ou du destinataire, à moins qu'il ne prouve que le défaut d'arrivée dans ce délai est le résultat soit de quelque faute imputable au voyageur ou à l'expéditeur, soit d'un événement fortuit ou de force majeure. Cpr. Code de commerce, art. 104.

Les voyageurs sont tenus de se rendre, à l'heure fixée, au lieu de départ, et les expéditeurs d'y remettre, en bon état d'emballage, les choses qu'ils entendent faire transporter. Les uns et les autres doivent payer au voiturier le prix convenu et lui rembourser les dépenses qu'il a été obligé de faire à l'occasion des choses qui lui ont été confiées. Le voiturier jouit, pour le paiement de ce qui lui est dû, d'un privilége sur les choses qu'il a transportées. Art. 2102, n° 6.

Les dispositions des art. 105 et 108 du Code de commerce sur l'extinction des actions ouvertes contre les voituriers, sont spéciales aux transports effectués par des voituriers rentrant dans la classe des commerçants[22]. Mais leur application est indépendante de la nature des objets à transporter et de la qualité soit de l'expéditeur, soit du destinataire[23].

L'entrepreneur de voitures publiques, qui a fait connaître son entreprise par des affiches ou des annonces dans les journaux, ne peut, alors surtout qu'il exerce un monopole ou qu'il n'a pas de concurrent, refuser, sans motifs légitimes, de transpor-

[22] Nous n'avons pas à développer ces dispositions, dont l'explication rentre dans le Droit commercial.

[23] Les art. 105 et 108 du Code de commerce ont pour objet de protéger, contre des réclamations tardives, l'industrie des entrepreneurs de transports, et ce serait aller manifestement contre l'esprit de la loi, que d'en restreindre l'application aux transports de marchandises entre commerçants. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 745. Duvergier, II, 332. Vanhuffel, n° 38. Bédarride, *Droit commercial*, II, 456 et 457. Rennes, 25 mars 1832, Sir., 32, 2, 174. Cpr. Rennes, 25 juillet 1820, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 294. Voy. en sens contraire, Troplong, III, 928 ; Taulier, VI, p. 310 ; Marcadé, sur les art. 1782 à 1786, n° 3 ; Req. rej., 4 juillet 1816, Sir., 17, 1, 300.

ter des personnes ou des marchandises aux prix fixés par ses tarifs[24].

Les règlements particuliers auxquels sont assujettis les entrepreneurs de voitures publiques et les commissionnaires de transports, n'ont pas pour objet de régler les rapports résultant du contrat de louage dont nous nous occupons. Principalement établis dans des vues de sûreté publique, ces règlements de police sont cependant obligatoires entre les parties, en ce sens que les voyageurs et les expéditeurs sont tenus de s'y conformer ou d'en souffrir l'exécution, et que, d'un autre côté, ils ont une action pour en réclamer l'observation lorsqu'ils y ont intérêt. Art. 1786[25].

§ 374.

Du louage d'ouvrage qui se forme par suite de devis ou de marchés[1].

1° *Règles générales de la matière.*

Le contrat qui a pour objet la confection d'un ouvrage (*locatio operis*), présente des caractères différents, selon que l'ouvrier ne s'engage à fournir que son travail ou son industrie, ou qu'il s'engage à fournir également la matière. Art. 1787. Au premier cas, le contrat est un pur louage d'ouvrage. Art. 1711. Au second, il participe tout à la fois de la vente et du louage[2].

[24] Aix, 8 février 1853, Sir., 53, 2, 251. Civ. rej., 3 décembre 1867, Sir., 68, 1, 193. Cpr. Req. rej., 20 avril 1857, Sir., 58, 1, 76.

[25] Voy. décrets des 14 fructidor an XII, 28 août 1808, et 13 août 1810 : loi de finances, du 25 mars 1817, art. 115 ; ordonnances des 4 février 1820. 27 septembre 1827, 16 juillet 1828 ; loi du 28 juin 1829 ; décret du 10 août 1852.

[1] Voy. sur cette matière : *Traité des devis et marchés, selon le Code Napoléon*, par Lepage ; Paris, 1809. *Traité de la législation des bâtiments*, par Frémy-Ligneville ; Paris, 1850, 2 vol. in-8°.

[2] Notre système de procédure n'exigeant pas, comme celui du Droit romain. la désignation du contrat en vertu duquel l'action est intentée, il n'est plus, à ce point de vue, nécessaire de rechercher, si la convention dont nous nous occupons est plutôt une vente qu'un louage. Cpr. LL. 2 et 22, § 1, D. *loc. cond.* (19, 2); § 4, *Inst. de loc. cond.* (3, 24) ; L. 65, D. *de cont. empt.* (18, 1). MM. Duranton (XVII, 250) et Duvergier (II, 355) ont cependant cru devoir résoudre la question, telle que les jurisconsultes romains se l'étaient posée, et ils pensent que d'après l'art. 1787, on doit considérer, comme un simple louage, toute con-

Si l'ouvrier fournit la matière, et que l'ouvrage vienne à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'avoir été livré, l'ouvrier perd à la fois la matière et le prix de son travail [3], à moins que l'autre partie n'ait été mise en demeure de recevoir l'ouvrage,

vention par laquelle un ouvrier se charge de la confection d'un ouvrage, peu importe qu'il fournisse ou non la matière. Mais cette opinion nous semble repoussée par la nature même des choses, par le texte de l'art. 1711, que l'art. 1787, sainement entendu, n'a nullement modifié, et par les travaux préparatoires du Code. L'art. 1787 renfermait, d'après le projet, un second et un troisième alinéa, ainsi conçus : « Dans le premier cas, c'est un *pur* louage. — Dans le second, c'est une « vente d'une chose *une fois faite.* » Voy. Locré, *Lég.*, XIV, p. 328, art. 110. Ces deux alinéas, supprimés à la demande du Tribunat, ne l'ont été que comme énonçant une idée de pure doctrine, et comme n'ayant pas le caractère d'une disposition législative. Cpr. Locré, *Lég.*, XIV, p. 401, n° 40. Il est donc, malgré leur suppression, permis d'en conclure, qu'aux yeux des rédacteurs du Code la convention ne devait plus, dans la seconde hypothèse, être envisagée comme un simple louage. En sens inverse de l'opinion que nous venons de combattre, M. Troplong (III, 962 à 968) enseigne que, quoique renfermant un certain élément de louage, la convention dont s'agit n'en constitue pas moins, d'après son caractère prédominant, une véritable vente, à moins que, le maître ayant livré la chose ou la matière principale, les matériaux fournis par l'ouvrier ne soient à considérer que comme de simples accessoires, auquel cas le savant auteur reconnaît que la convention est un louage. Voy. dans le même sens : Marcadé, sur les art. 1787 à 1791, n° 1 ; Zachariæ, § 374, texte et note 2. Cette manière de voir nous paraît également trop absolue, et nous pensons que, dans le cas même où la matière a été exclusivement fournie par l'ouvrier, il faut, pour rester dans le vrai, reconnaître que la convention est de nature mixte. Nous serions assez disposés à dire que, jusqu'au moment de la réception de l'ouvrage, les rapports des parties sont principalement régis par les règles du louage, et que celles de la vente deviennent applicables à partir de ce moment. Telle est l'idée qu'expriment, à notre avis, les termes du projet : « c'est une vente d'une chose *une fois faite.* » Encore reste-t-il, même après la réception, un élément de louage, qui seul peut expliquer, d'une manière satisfaisante, la responsabilité imposée à l'entrepreneur par l'art. 1792, responsabilité à laquelle ce dernier se trouve, selon nous, soumis, alors même qu'il a construit sur son propre terrain, et qui est toute différente de celle qui pèse sur le vendeur, en vertu des art. 1641 et suiv. D'ailleurs, le système de M. Troplong le conduit à rejeter l'application des art. 1792, 1794 et 1795, dans des hypothèses que ces articles semblent cependant comprendre, d'après leurs termes mêmes, et surtout par leur combinaison avec l'art. 1787, qui domine toute la matière. Cpr. texte, notes 11, 13 et 17 *infra.*

[3] Delvincourt, sur l'art. 1788. Duranton, XVII, 250. Duvergier, II, 337. Zachariæ, § 374, texte et note 4.

auquel cas il a droit tant à son salaire qu'au prix de la matière. Art. 1788[4].

Si l'ouvrier fournit seulement son travail, il ne répond de la perte de la matière qu'autant qu'elle a été le résultat d'une faute par lui commise, ou qu'elle a eu lieu après sa mise en demeure de livrer l'ouvrage[5]. Art. 1789.

En dehors de cette dernière hypothèse, l'ouvrier n'est donc pas responsable de la perte de la matière arrivée par cas fortuit, et notamment par suite d'un incendie qui a commencé dans une maison voisine[6]. Il en serait ainsi, alors même que l'ouvrier à façon devrait, à raison de l'exercice de son industrie, être rangé dans la classe des négociants[7].

L'ouvrier, quoique non responsable de la perte de la matière, perd cependant le prix de son travail et ne peut réclamer de salaire lorsque l'ouvrage vient à périr avant d'avoir été reçu, à moins que le maître ne soit en demeure de le vérifier, ou que la perte ne provienne du vice de la matière[8]. Art. 1790.

Quand il s'agit d'un ouvrage à faire par pièce ou à la mesure, l'ouvrier peut en demander la vérification par parties. La vérification est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paie l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait[9]. Art. 1791.

La responsabilité qui pèse sur l'ouvrier à raison des malfaçons, se couvre par la réception de l'ouvrage, lorsque les défauts qui s'y rencontrent étaient de nature à être reconnus par la vérification faite

[4] Cet article s'applique aux entrepreneurs de constructions, comme simples ouvriers. Req. rej., 11 mars 1839, Sir., 39, 1, 180.

[5] La demeure, au point de vue des risques et périls de la chose, équivaut à faute. Art. 1302, al. 1. *Discussion au Conseil d'État* sur l'art. 1789 (Locré, *Lég.*, XIV, p. 361, n° 13).

[6] Civ. cass., 3 mars 1869, Sir., 69, 1, 300.

[7] Civ. cass., 1er août 1866, Sir., 66, 1, 436.

[8] Cependant, si l'ouvrier avait connu le vice de la matière, ou si, eu égard aux connaissances spéciales que doit posséder un homme de sa profession, il y avait eu impéritie de sa part à ne pas reconnaître ce vice, il ne pourrait réclamer le prix de son travail. Delvincourt, III, p. 215. Duranton, XVII, 251. Duvergier, II, 342. Zachariæ, § 374, note 5.

[9] Des à-compte payés pendant la durée des travaux, sans imputation spéciale à certaines portions déjà terminées de l'ouvrage, ne feraient pas présumer la vérification. Duranton, XVII, 254. Duvergier, II, 345. Zachariæ, § 374, texte *a d*, art. 1791.

au moment de la livraison[10]. Que s'il s'agissait de défauts qui ne se sont révélés qu'ultérieurement, l'ouvrier n'est pas dégagé de sa responsabilité par la seule réception de l'ouvrage. Mais l'action en dommages-intérêts, ou, le cas échéant, en résiliation du marché, compétant au maître, doit, par application de l'art. 1648 ou par analogie de sa disposition, être formée dans un bref délai, suivant la nature de l'ouvrage et les vices qui s'y rencontrent.

Soit que l'ouvrier ne doive fournir que son travail, ou qu'il fournisse en même temps la matière[11], le contrat peut, à toute époque, être résolu par la seule volonté du maître, à charge par ce dernier d'indemniser l'ouvrier ou l'entrepreneur de toutes ses dépenses et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans l'entreprise[12]. Art. 1794.

Le contrat est, dans l'une et l'autre hypothèse[13], résolu de plein droit, à l'égard des deux parties[14], par la mort de l'ouvrier, de

[10] Duvergier, II, 364. Lyon, 18 juin 1835, Dalloz, 1836, 2, 125. Metz, 17 octobre 1843, Sir., 44, 2, 173. Déc. en Cons. d'État, 24 avril 1864, Sir., 64, 2, 174.

[11] Duvergier, II, 335. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1030 ; Marcadé, sur les art. 1794 à 1799, n° 2. La disposition de l'art. 1794 étant exclusivement fondée sur des considérations personnelles à celui qui a commandé l'ouvrage, et sur l'intérêt qu'il peut avoir à ne pas le faire achever, il n'y a aucun motif pour distinguer entre les deux hypothèses indiquées au texte. On ne verrait pas pourquoi celui qui a traité, par exemple, avec un statuaire pour la confection d'une statue, ne serait pas autorisé à résilier le marché, dans le cas où le marbre devait être fourni par le statuaire, tandis qu'il en aurait incontestablement le droit, s'il l'avait lui-même livré. L'opinion de MM. Troplong et Marcadé conduirait d'ailleurs à dire, que la personne qui a traité avec un ouvrier chargé de fournir la matière, est irrévocablement liée dès la conclusion de la convention, et ne peut par conséquent plus la résilier, alors même que l'ouvrier n'aurait point encore commencé son travail et ne se serait pas procuré la matière nécessaire. Or, nous ne pensons pas qu'une doctrine qui aboutit à de pareilles conséquences, puisse être acceptée.

[12] L'art. 1794 ne parle expressément que des marchés à forfait ; mais ce qu'il en dit s'applique, *a fortiori*, aux marchés à la pièce ou à la mesure. Duranton, XVII, 257. Duvergier, II, 371.

[13] Duvergier, II, 335. — MM. Troplong (III, 1044) et Marcadé (*loc. cit.*) soutiennent que les art. 1795 et 1796 sont étrangers au cas où l'ouvrier est chargé de fournir, outre son travail, la chose ou la matière principale. Cette opinion se rattache à celles que nous avons déjà réfutées aux notes 2 et 11 *supra*.

[14] Les héritiers de l'ouvrier ne pourraient donc, dans le cas où le marché leur paraîtrait avantageux, en continuer l'exécution malgré le maître. Duranton,

l'architecte, ou de l'entrepreneur [15]. Art. 1795. Cpr. art. 1122 et 1237. Les héritiers de ces derniers n'ont droit à aucune indemnité à raison des travaux déjà exécutés et des matériaux préparés, à moins que ces travaux et ces matériaux ne puissent être utiles au maître, auquel cas celui-ci est obligé d'en payer la valeur, en proportion du prix porté par la convention. Art. 1796.

2° *Règles spéciales aux architectes et entrepreneurs de constructions.*

Le prix des travaux à effectuer par un architecte ou un entrepreneur peut être convenu de deux manières, soit en une somme fixe et déterminée d'avance (*prix fait ou forfait*), soit en une somme à déterminer, lors de l'achèvement des travaux, suivant leur nature et leur importance, d'après les bases d'un devis.

a. La responsabilité des entrepreneurs et architectes est réglée, d'une manière spéciale, par les art. 1792 et 2270.

Aux termes du premier de ces articles, les architectes ou entrepreneurs, qui se sont chargés à prix fait ou à forfait de la construction d'un édifice, sont, de plein droit, responsables de sa perte totale ou partielle. Il importe peu, à cet égard, que la perte provienne d'un vice de construction ou du vice du sol sur lequel l'édifice a été élevé [16], et que le terrain ait été fourni soit par le propriétaire lui-même, soit par l'architecte ou l'entrepreneur [17]. Art. 1792.

XVII, 258. Duvergier, II, 377. Troplong, III, 1034. Larombière, I, art. 1122, n°s 13 et 14. Demolombe, XXIV, 267. Mais, d'un autre côté, le maître ne pourrait forcer les héritiers de l'ouvrier à lui abandonner la partie de l'ouvrage qui se trouverait achevée. Zachariæ, § 374, note 7.

[15] La disposition de l'art. 1795 est absolue : il n'y a plus à distinguer, comme dans l'ancien Droit, entre le cas où la considération du talent de l'ouvrier a été le principal motif de la convention, et l'hypothèse contraire. *Discussion au Conseil d'État* sur l'art. 1795 (Locré, *Lég.*, XIV, p. 366, n° 22). *Rapport au Tribunat*, par Mouricault (Locré, *Lég.*, XIV, p. 445). Toullier, VI, 408. Duranton, XVII, 258.

[16] Il en serait autrement, s'il était établi par l'architecte ou par l'entrepreneur, que les accidents survenus à l'édifice proviennent de causes inhérentes, non au sol même sur lequel il a été construit, mais à des terrains adjacents, et dont rien ne pouvait faire soupçonner l'existence. Paris, 29 avril 1864, Sir., 64, 2, 153.

[17] Duranton, XVII, 255. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1015. Suivant cet auteur, l'entrepreneur qui a bâti sur son propre terrain, ne serait qu'un vendeur, et devrait être traité comme s'il avait vendu une maison qu'il aurait construite sans qu'elle lui ait été commandée. C'est là une conséquence extrême, qui nous paraît démontrer de plus en plus l'erreur du système dont elle découle.

La présomption légale de faute que l'article précité établit ainsi à la charge des architectes ou entrepreneurs, ne peut être écartée que par la preuve d'un cas fortuit ou d'un événement de force majeure, exclusif de toute idée de faute de leur part.

La disposition de l'art. 1792 étant exceptionnelle de sa nature, doit être restreinte à l'hypothèse qu'elle prévoit[18].

Cette disposition est donc inapplicable à l'architecte qui, sans se charger d'une construction, en a simplement dressé le plan et dirigé ou surveillé les travaux[19].

D'un autre côté, elle est étrangère aux constructions entreprises, non point à forfait, mais moyennant un prix à déterminer d'après les bases d'un devis[20].

Enfin, elle ne doit pas être étendue à des travaux dont l'exécution ne saurait être assimilée à la construction d'un édifice, tels, par exemple, qu'un canal ou une digue.

En raisonnant comme il le fait, M. Troplong ne tient aucun compte de la partie de la convention par laquelle l'entrepreneur, en se chargeant d'une construction, s'est engagé à y apporter tous les soins et toutes les précautions qu'on était en droit d'attendre de lui d'après sa profession. Et comme c'est précisément sur cette idée, à laquelle se rattachent des considérations d'ordre public, que repose la disposition de l'art. 1792, il serait contraire à son esprit d'en restreindre l'application au cas où l'entrepreneur a construit sur le terrain du maître.

[18] D'après une doctrine assez généralement suivie, la disposition de l'art. 1792, devrait être complétée par celle de l'art. 2270, de sorte que la présomption légale de faute établie par le premier de ces articles, deviendrait applicable à toutes les hypothèses comprises dans le second. Voy. Delvincourt, III, p. 216; Troplong, III, 1001 ; Duvergier, II, 353 ; Frémy-Ligneville, *Législation des bâtiments*, I, 94 et 100; Marcadé, sur les art. 1792 et 1793, n° 1; Zachariæ, § 374, texte *in fine*, et note 14. Mais cette doctrine est erronée, puisqu'une présomption légale de faute ne peut et ne doit, pas plus que toute autre présomption légale, être étendue à des hypothèses autres que celle pour laquelle elle a été établie. C'est avec raison qu'elle a été rejetée par la cour de cassation. Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 180. Req. rej., 15 juin 1863, Sir., 63, 1, 409.

[19] Voy. les arrêts cités à la note précédente. Voy. en sens contraire : Zachariæ, *loc. cit.*; Bordeaux, 21 avril 1864, Sir., 64, 2, 219.

[20] La présomption légale de faute établie par l'art. 1792 s'explique par l'intérêt qu'a l'architecte ou l'entrepreneur, qui s'est chargé à forfait d'une construction, de restreindre le plus possible les frais de cette construction. Or, comme cet intérêt n'existe plus, lorsque le prix doit être déterminé d'après les bases d'un devis, la présomption dont s'agit n'a plus dans cette hypothèse de raison d'être.

En dehors du cas prévu par l'art. 1792, les architectes et entrepreneurs sont, d'après l'art. 2270, responsables de l'exécution défectueuse des travaux qu'ils ont entrepris, ou même simplement dirigés[21].

Il résulte de la disposition de l'art. 2270, dont la portée est, sous divers rapports, plus étendue que celle de l'art. 1792, que l'architecte qui, sans se charger lui-même d'une construction, en a dressé le plan, ou en a dirigé et reçu les travaux, est responsable du dommage que, par négligence ou par impéritie, il a causé dans l'accomplissement de la mission à lui confiée[22].

Il en résulte également que la même responsabilité incombe à l'entrepreneur qui s'est chargé de la construction d'un gros ouvrage quelconque[23], et ce, sans qu'il y ait à distinguer s'il a traité à forfait ou moyennant un prix à déterminer d'après la nature et l'importance des travaux[24].

Mais, dans ces hypothèses, et à la différence de ce qui a lieu

[21] Zachariæ, § 374, note 10. Civ. rej., 3 décembre 1834, Sir., 35, 1, 216.— On admet assez généralement, dans la doctrine et dans la jurisprudence, qu'en dehors du cas spécialement prévu par l'art. 1792, la responsabilité des architectes s'apprécie d'après les règles posées aux art. 1382 et 1383. Voy. notamment : Req. rej., 15 juin 1863, Sir., 63, 1, 409; Req. rej., 1er décembre 1868, Sir., 69, 1, 97. Mais cette manière de voir, qui tient à une confusion évidente entre les délits ou quasi-délits et les fautes contractuelles, nous paraît erronée. Nous croyons d'autant plus devoir la rejeter, qu'elle conduirait, dans ses applications pratiques, à des conséquences qu'il nous serait impossible d'admettre. Cpr. note 28 *infra*.

[22] Req. rej., 30 novembre 1817, Sir., 19, 1, 102. Pau, 13 mars 1845, Sir., 45, 2, 408. Ord. en Conseil d'État, 29 juin 1837. Sir., 37, 2, 503. Déc. en Conseil d'État, 7 et 21 juillet 1853, Sir., 54, 2, 222 et 277; 12 juillet 1855, Sir., 56, 2, 254; 22 décembre 1859, Sir., 60, 2, 498.

[23] Paris, 2 juillet 1828, Sir., 28, 2, 316. Douai, 28 juin 1837, Sir., 39, 1, 829. Req. rej., 11 mars 1839, Sir., 39, 1, 180. Civ. cass., 19 mai 1851, Sir., 51, 1, 393. Dijon, 13 mai 1862, Sir., 62, 2, 548.

[24] D'après l'un des motifs d'un récent arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 1er décembre 1868, Sir., 69, 1, 97), la circonstance que l'entrepreneur n'a pas traité à forfait, devrait avoir pour conséquence de faire écarter non-seulement l'application de l'art. 1792, mais encore celle de l'art. 2270. Ce motif est évidemment erroné en ce qui concerne ce dernier article, qui, non-seulement ne rappelle pas la condition d'un marché à prix fait, à laquelle se trouve subordonnée l'application de l'art. 1792, mais l'exclut même d'une manière formelle, en étendant la responsabilité dont il règle la durée à l'architecte qui a simplement dirigé les travaux.

au cas prévu par l'art. 1792, c'est au propriétaire, qui actionne en dommages-intérêts l'architecte ou l'entrepreneur, à prouver l'existence de la faute qu'il lui reproche [25]. Cette faute, au surplus, pourrait, même dans ces hypothèses, résulter de ce que l'architecte ou l'entrepreneur aurait élevé les constructions sur un terrain qui ne présentait pas la solidité nécessaire pour les recevoir [26].

Que si, comme il arrive ordinairement, un entrepreneur s'est chargé d'élever une construction d'après un plan fourni par l'architecte du propriétaire, la responsabilité se partage entre l'architecte et l'entrepreneur, en ce sens que le premier n'est tenu que des dommages qui ont été la suite des vices du plan, et le second de ceux qui ont été occasionnés par l'exécution défectueuse des travaux ou par l'emploi de mauvais matériaux.

Les architectes et entrepreneurs, dont la responsabilité se trouve engagée en vertu soit de l'art. 1792, soit de l'art. 2270, ne peuvent invoquer pour excuse ni le fait d'avoir prévenu le propriétaire des vices du sol ou des dangers de la construction [27], ni même la circonstance que la construction aurait été faite sur un plan présenté par le propriétaire, d'après ses indications, et avec des matériaux par lui fournis [28].

[25] Req. rej., 15 juin 1863, Sir., 63, 1, 409.

[26] En pareil cas, il y aurait, de la part de l'architecte ou de l'entrepreneur, négligence ou impéritie. Req. rej., 12 février 1850, Sir., 51, 1, 37.

[27] C'est ce qui a été positivement reconnu dans la discussion au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, XIV, p. 363, nos 18 et 19). Duvergier, II, 351. Troplong, III, 996. Marcadé, sur les art. 1792 et 1793, n° 1. Req. rej., 10 février 1835, Sir., 35, 1, 174. Bastia, 7 mars 1854, Sir., 54, 2, 165. Paris, 5 mars 1863, Sir., 63, 2, 92. Bordeaux, 21 avril 1864, Sir., 64, 2, 219. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 255; Taulier, VI, p. 316 et 317.

[28] Duvergier, II, 351. Troplong, III, 395. Frémy-Ligneville, *op. cit.*, I, 94. Req. rej., 18 mars 1839. Sir., 39, 1, 180. Bourges, 13 août 1842, Sir., 42, 2, 73. Bastia, 7 mars 1854, Sir., 54, 2, 165. Aix, 16 janvier 1858, Sir., 58, 2, 539. Voy. cep. Req. rej., 1er décembre 1868, Sir., 69, 1, 97. Cet arrêt a décidé que, dans l'hypothèse indiquée au texte, la responsabilité peut et doit, pour le cas du moins où le marché n'a pas eu lieu à forfait, se partager entre le propriétaire et l'architecte ou l'entrepreneur, par application des art. 1382 et 1383. Cette solution se réfute, à notre avis, par les raisons déjà indiquées aux notes 21 et 24 *supra*, que, d'une part, il ne s'agit pas ici d'un délit ou d'un quasi-délit, mais bien d'une faute contractuelle, et que, d'autre part, l'application de l'art. 2270 n'est pas subordonnée à la condition d'un marché à prix fait. Nous ajouterons que la responsabilité des architectes et entrepreneurs, qui se rattache à

Cette responsabilité ne dure que pendant 10 années, à partir de la réception des travaux. Art. 1792 et 2270.

Le délai de 10 ans, dont il est parlé dans ces articles, constituant un temps d'épreuve de la bonne exécution des travaux et de la solidité de la construction, il en résulte qu'à l'expiration de ce délai les architectes et entrepreneurs sont dégagés de toute responsabilité, à raison de dommages qui se produiraient ultérieurement, et ce, dans le cas même où le propriétaire serait mineur [29]. Mais si la construction vient à périr, ou que des détériorations s'y manifestent avant l'expiration des dix années de garantie, l'action en dommages-intérêts, compétant au propriétaire, ne s'éteint que par 30 années, à partir du jour où ces événements sont arrivés [30].

Indépendamment de la responsabilité qui pèse sur les architectes et entrepreneurs, au point de vue de la solidité et de la bonne exécution des travaux, ils sont encore, conformément aux art. 1382 et 1383, responsables, envers le propriétaire et envers ses voisins, des dommages qu'ils peuvent leur avoir occasionnés par l'inobservation des règlements relatifs aux constructions dont ils se sont chargés [31].

C'est ainsi que l'architecte qui aurait établi un mur en dehors

des considérations d'ordre public, est toujours la même et doit avoir les mêmes conséquences, peu importe qu'elle découle d'une présomption légale de faute, ou qu'elle se trouve engagée par la preuve de faits d'imprudence, de négligence ou d'impéritie. La différence qui existe entre le cas prévu par l'art. 1792 et les autres hypothèses comprises dans l'art. 2270, ne porte que sur une question de preuve, et ne touche en aucune manière à la responsabilité en elle-même.

29 Paris, 20 juin 1857, Sir., 58, 2, 49.

30 Lepage, *Lois des bâtiments*, II, p. 12. Duranton, XXI, 291. Troplong, III, 1006 à 1011. Taulier, VI, p. 317 et 318. Marcadé, sur les art. 1792 et 1793, n° 1.— Selon M. Duvergier (II, 360), il résulterait de l'art. 2270 que l'action en indemnité se prescrit par 10 ans à compter du jour de la ruine. Mais les termes mêmes de cet article, qui ne parle que de la décharge de la garantie, et non de la prescription de l'action à laquelle la garantie peut donner ouverture, ainsi que la corrélation que présente sa rédaction avec celle de l'art. 1792, repoussent cette opinion. La Cour de Paris (15 novembre 1836, Sir., 37, 2, 257) est encore allée plus loin, en jugeant que le propriétaire est, après l'expiration du délai de 10 ans, non recevable à se plaindre de la ruine, même survenue pendant ce délai. Cette décision est contraire à la règle fondamentale en matière de prescription *Actioni non natæ non prescribitur*.

31 Lepage, *op. cit.*, II, p. 15. Duvergier, II, 361. Voy. cep. Lyon, 16 mars 1852, Sir., 52, 2, 361.

de l'alignement, ou élevé une construction au delà de la hauteur réglementaire, devrait indemniser le propriétaire des frais de reculement, de démolition et de nouvelle construction.

C'est ainsi encore que l'entrepreneur qui n'aurait pas observé, dans l'établissement d'une cheminée, les règlements relatifs à la matière, serait responsable envers les voisins des conséquences de l'incendie occasionné par la mauvaise construction de cette cheminée.

La responsabilité qui, sous ce rapport, incombe aux architectes, n'est même pas limitée au délai de 10 années, établi par les art. 1792 et 2270 [32].

Du reste, les architectes et entrepreneurs répondent non-seulement des fautes qui leur sont propres, mais encore du fait des personnes qu'ils emploient, bien que ces personnes ne doivent pas, à raison de la profession qu'elles exercent, être considérées comme leurs préposés, dans le sens de l'art. 1384. Art. 1797.

Les règles développées sous ce numéro s'appliquent aux maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers, qui traitent directement avec le propriétaire, et qui deviennent ainsi entrepreneurs dans la partie dont ils se chargent. Art. 1799.

Mais la responsabilité décennale imposée par les art. 1792, 1799 et 2270, n'incombe pas aux ouvriers travaillant à la tâche et avec des matériaux à eux fournis [33].

b. Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé à forfait de l'exécution de travaux quelconques [34], qui devaient être faits d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire, il ne peut demander aucune augmentation de prix ni sous le prétexte du renchérissement de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni pour

[32] Voy. en sens contraire : Duvergier, II, 363; Troplong, III, 1014. Cette manière de voir doit être rejetée par le motif que le délai de 10 années, établi par les art. 1792 et 2270, ne concerne que la garantie de la bonne exécution et de la solidité des travaux, et qu'il s'agit ici d'un fait dommageable complétement étranger à cette garantie, et dont la réparation peut être poursuivie pendant 30 ans, conformément à l'art. 2262.

[33] Civ. rej., 12 février 1868, Sir., 68, 1, 208.

[34] L'art. 1793 ne parle, il est vrai, que de l'entreprise à forfait d'un bâtiment : mais sa disposition doit, par identité de raison, s'appliquer à l'exécution de travaux quelconques, dont un entrepreneur s'est chargé à forfait. Marcadé, sur les art. 1792 et 1793, n° 2. Voy. aussi l'arrêt cité à la note suivante.

cause d'accidents de force majeure qui auraient nécessité des travaux supplémentaires[35]. Art. 1793.

Il n'y serait pas même autorisé en raison de changements ou d'augmentations faits au plan primitif, à moins que ces modifications n'aient été autorisées par écrit et que le prix n'en ait été convenu avec le propriétaire. Art. 1793.

Cet article ne se borne pas à proscrire la preuve testimoniale de l'accord concernant les modifications apportées au plan primitif; il exige l'écriture comme une condition de l'efficacité de cet accord, de sorte qu'à défaut d'un acte écrit, aucune réclamation ne doit être reçue de la part de l'architecte ou de l'entrepreneur, qui ne peut ni faire interroger le propriétaire sur faits et articles, ni même lui déférer un serment litis-décisoire[36].

L'article précité veut, en outre, que le prix des changements à faire au plan primitif ait été convenu avec le propriétaire; mais il n'exige pas que la convention relative à cet objet ait été constatée par écrit. Il en résulte que, si l'architecte ou l'entrepreneur n'est pas recevable à provoquer l'estimation par experts des travaux supplémentaires qu'il a exécutés, il est admis à prouver, d'après les règles ordinaires, le montant du prix conventionnellement fixé entre lui et le propriétaire[37].

L'art. 1793 suppose l'existence d'un plan arrêté entre les parties, et reste, par la force même des choses, inapplicable au cas où il n'en existe pas[38].

Cet article, qui ne concerne que les marchés à forfait, ne peut être étendu au cas où le prix des travaux doit être déterminé d'après leur nature et leur importance[39].

Il cesserait même de recevoir application au cas d'un marché à prix fait, si le forfait n'était pas pur et simple, et que le propriétaire se fût réservé la faculté de faire exécuter, moyennant un prix déterminé, les modifications qu'il jugerait convenables. En pareille circonstance, l'architecte ou l'entrepreneur est admis à

[35] Civ. rej., 28 janvier 1846, Sir., 46, 1, 635.

[36] Duvergier, II, 366. Troplong, III, 1018. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 374, texte et note 11. Douai, 20 avril 1831, Sir., 31, 2, 337. Cpr. Req. rej., 16 août 1826, Sir., 27, 1, 243.

[37] Duranton, XVII, 256. Duvergier, II, 367 et 368. Troplong, III, 1019. Zachariæ, § 374, texte et note 12.

[38] Req. rej., 13 août 1860, Sir., 61, 1, 522.

[39] Marcadé, *loc. cit.*

prouver, suivant les règles ordinaires, le consentement donné par le propriétaire aux travaux, tels qu'ils ont été exécutés[40].

Enfin, la disposition de l'art. 1793, qui a pour objet de régler les rapports de l'entrepreneur avec le propriétaire, ne peut être invoquée par un entrepreneur principal contre ses sous-traitants[41].

Mais elle peut l'être par le propriétaire contre les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers, qui ont fait directement avec lui des marchés à forfait. Art. 1799.

3° *De l'action directe dont les ouvriers employés par un entrepreneur, jouissent contre le propriétaire.*

Les ouvriers employés par un entrepreneur ont une action personnelle et directe contre celui pour le compte duquel les travaux ont été exécutés[42]; mais ils n'en jouissent que jusqu'à concurrence de la somme dont ce dernier se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur demande est formée. Art. 1798. Encore ne peuvent-ils, en général, et à moins qu'il ne s'agisse de travaux faits pour le compte de l'État[43], exercer cette action au préjudice d'une cession consentie par l'entrepreneur, au profit d'un tiers de bonne foi, même avant l'achèvement et la réception des travaux[44].

L'action directe établie par l'art. 1798 compète, non-seulement aux ouvriers qui n'ont fourni que leur travail manuel, mais encore à ceux qui, pour l'exécution de l'ouvrage dont ils se sont chargés,

[40] Req. rej., 6 mars 1860, Sir., 60, 1, 401.

[41] Req. rej., 3 août 1868, Sir., 68, 1, 447.

[42] Duranton, XVII, 262. Duvergier, II, 381. Troplong, III, 1048. Marcadé, sur les art. 1794 à 1799, n° 2. Zachariæ, § 374, texte et note 10 *bis*. Douai, 30 mars et 13 avril 1833, Sir., 33, 2, 536. Lyon, 21 janvier 1846, Sir., 46, 2, 262. Montpellier, 22 août 1850, Sir., 53, 2, 685. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 216.

[43] Voy. pour le développement de cette exception : § 263 *bis*, texte III, lett. *b*.

[44] Duranton, XVII, 262. Marcadé, *loc. cit.* Lyon, 21 janvier 1846, Sir., 46, 2, 262. Req. rej., 18 janvier 1854, Sir., 54, 1, 441. Civ. cass., 11 juin 1861, Sir., 61, 1, 878. Douai, 13 août 1866, Sir., 67, 2, 292. Grenoble, 7 février 1868, Sir., 68, 2, 80. Voy. en sens contraire : Frémy-Ligneville, I, 226 ; Montpellier, 24 décembre 1852, Sir., 53, 2, 687.

ont employé des matériaux à eux appartenants, ou qui se sont fait aider par d'autres ouvriers à leurs gages[45].

Mais elle n'appartient pas aux sous-entrepreneurs qui, sans prendre personnellement part aux travaux, ont agi dans un but de spéculation commerciale[46], ni, à plus forte raison, aux tiers qui ont fourni des matériaux à l'entrepreneur[47].

L'action directe accordée aux ouvriers contre celui pour le compte duquel les travaux ont été faits, ne s'éteint pas par la faillite de l'entrepreneur[48].

γ. *Du bail à cheptel*[1].

§ 375.

Généralités.

Le bail à cheptel est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre un fonds de bétail, pour le garder, le nourrir, et le soigner, sous les conditions convenues entre elles, ou établies par la loi. Art. 1800 et 1803.

On peut livrer à cheptel toute espèce d'animaux susceptibles de donner quelques profits pour l'agriculture ou pour le commerce. Art. 1802.

[45] Montpellier, 22 août 1850, et 24 décembre 1852, Sir., 53, 2, 685 et 687. Paris, 9 août 1859, Sir., 59, 2, 589. Bordeaux, 8 juillet 1862, Sir., 63, 2, 13. Cpr. Civ. rej., 12 février 1866, Sir., 66, 1, 94.

[46] Civ. rej., 12 février 1866, Sir., 66, 1, 94. Civ. cass., 11 novembre 1867, Sir., 67, 1, 429. Paris, 27 juillet 1867, Sir., 68, 2, 280. Dijon, 3 décembre 1868, Sir., 69, 2, 52. Grenoble, 24 décembre 1868, Sir., 69, 2, 78. — Cpr. sur l'action directe qui peut appartenir aux sous-traitants, par application de l'art. 1121, relatif aux stipulations pour autrui : Civ. rej., 7 février 1866, Sir., 66, 1, 220; Req. rej., 31 juillet 1867, Sir., 67, 1, 383; Req. rej., 28 janvier 1868, Sir., 68, 1, 216.

[47] Marcadé, *loc. cit.* Troplong, III, 1052. Bordeaux, 30 novembre 1858, Sir., 59, 2, 317.

[48] Douai, 30 mars et 13 avril 1833, Sir., 33, 2, 536 et 537. Paris, 9 août 1859, Sir., 59, 2, 589. Besançon, 16 juillet 1863, Sir., 63, 2, 206. Paris, 12 avril 1866, Sir., 66, 2, 252.

[1] Voy. sur cette matière : *Traité des cheptels,* par Pothier; Merlin, *Rép.*, v° Cheptel. — Le terme *cheptel* dérive de *capitale, captale, catallum,* qui, dans le latin du moyen âge, désignait toutes sortes de biens meubles, et spécialement le gros et le menu bétail. Voy. Dufresne, *Glossarium,* v° *Capitale;* Merlin, *Rép.*, v^is Cattel et Meilleur Cattel.

Les règles tracées par le Code Napoléon sur les droits et obligations résultant du bail à cheptel, ne doivent, comme pour les contrats en général, être appliquées qu'à défaut de conventions particulières. Art. 1803. Toutefois, le principe de la liberté des conventions a été soumis en matière de cheptel à d'importantes restrictions, fondées sur ce motif que les chepteliers sont le plus souvent des gens que la pauvreté et l'ignorance laisseraient à la discrétion des bailleurs.

Les différentes espèces de cheptel sont indiquées dans l'art. 1801.

§ 376.

Des règles relatives aux diverses espèces de cheptel.

1° Le cheptel simple est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre des bestiaux à garder, à nourrir et à soigner, sous la condition que le preneur profitera des laitages, du fumier et du travail des animaux, ainsi que de la moitié du croît et de la laine, et qu'il supportera, d'un autre côté, la moitié de la perte. Art. 1804, cbn. 1811, al. 6 et 7.

Cette convention participe du contrat de société, en ce qui concerne le partage des bénéfices et des pertes, et du louage, en ce qui concerne les autres rapports qu'elle établit entre les parties[1].

Les effets de ce contrat sont déterminés par les art. 1805 à 1817, auxquels nous nous bornerons à renvoyer, en y ajoutant les remarques suivantes :

La perte, dont le preneur doit supporter la moitié, est non-seulement celle qui peut résulter de la diminution de valeur du cheptel, mais encore celle qui peut provenir de sa perte partielle par suite de cas fortuits ou d'événements de force majeure. Le preneur est dispensé de toute contribution à la perte, lorsque le cheptel a péri en entier sans sa faute[2]. Art. 1810.

[1] Pothier, nos 2 à 4.

[2] Les rédacteurs du Code Napoléon se sont, sous ce rapport, écartés de la doctrine de Pothier (nos 7 et suiv.), d'après laquelle la perte totale devait, comme la perte partielle, être supportée pour moitié par le preneur. Le système qu'ils ont adopté est justement critiqué par plusieurs auteurs. Il conduit à cette conséquence bizarre, que le preneur est, en cas d'épizootie ou d'incendie, intéressé à laisser périr en entier le cheptel, dont il ne peut espérer de sauver toutes les têtes. Duranton, XVII, 274. Duvergier, IV, 401.

L'art. 1811 prohibe formellement, dans le cheptel simple, certaines clauses qui imposeraient au cheptelier des charges trop onéreuses. On doit également considérer comme contraire à l'essence de ce cheptel et comme virtuellement prohibée la clause par laquelle le bailleur se réserverait une partie des laitages, du fumier et du travail des animaux[3].

Mais l'art. 1811 ne s'oppose pas à ce que le preneur consente à ne recevoir, dans la laine et dans le croît, qu'une portion inférieure à la moitié, pourvu qu'il ne soit tenu de supporter qu'une part correspondante dans la perte[4]. Art. 1811.

La nullité des clauses contraires aux prohibitions portées par l'art. 1811 ne peut être proposée que par le preneur. Lorsqu'une clause de cette nature vient à être annulée, le partage des bénéfices et des pertes se fait de la même manière que si elle n'avait pas existé[5].

En cas de refus, sans motifs légitimes, de l'une des parties, de consentir à la vente d'une ou de plusieurs têtes du fonds ou du croît, l'autre partie est autorisée à s'adresser aux tribunaux pour faire statuer sur l'opportunité de la vente et sur les dommages-intérêts auxquels elle peut avoir droit[6].

Lorsque le preneur dispose, à l'insu du bailleur, de quelques têtes de bétail au profit d'acheteurs de bonne foi, le bailleur ne peut les revendiquer entre les mains de ces derniers[7]. Art. 2279.

[3] C'est ce qui ressort, tant de l'ancienne jurisprudence, que de la combinaison des al. 6 et 7 de l'art. 1811 et de l'art. 1819 avec l'al. 4 de l'art. 1828, et surtout de la circonstance que c'est dans l'art. 1811, et à la suite de l'énumération des conventions prohibées en matière de cheptel simple, que le législateur attribue, d'une manière exclusive, au preneur, les laitages, le fumier et le travail des animaux. Ces considérations nous portent à abandonner l'opinion contraire que, dans nos précédentes éditions, nous avions adoptée avec M. Duvergier (II, 408). Voy. en ce sens : Pothier, n° 28; Duranton, XVII, 277; Troplong, III, 1127; Taulier, VI, p. 326; Marcadé, sur l'art. 1811, n° 1.

[4] Pothier, n° 25. Duvergier, II, 405. Taulier, VI, p. 327. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 376, note 2. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 276.

[5] Arg. art. 1804. Duranton, XVII, 279. Duvergier, II, 410 et 411.

[6] Pothier, n° 36. Duranton, XVII, 283. Duvergier, II, 413. Taulier, VI, p. 328. Marcadé, sur l'art. 1812, n° 3. Voy. en sens contraire : Troplong, III, 1140.

[7] Quelques coutumes attribuaient, dans ce cas, au bailleur, un droit de suite et de revendication, même contre le possesseur de bonne foi. Pothier, n°s 40 et

Les créanciers du bailleur n'ont le droit de saisir et de vendre le cheptel qu'à la charge par l'adjudicataire d'entretenir le bail [8].

L'avertissement à donner au propriétaire de la ferme, d'après l'art. 1813, doit précéder l'introduction du cheptel dans la ferme [9]. Cet avertissement peut, d'ailleurs, être suppléé par la preuve que le propriétaire savait que le bétail introduit dans la ferme avait été confié au fermier à titre de cheptel [10].

La question de savoir si, dans telles circonstances données, on peut admettre une tacite réconduction, et quelle sera la durée du nouveau bail, doit principalement se décider d'après les usages locaux [11]. Arg. art. 1135.

2° Le cheptel à moitié diffère du cheptel simple, en ce que chacun des contractants y fournit la moitié des bestiaux, tandis que, dans le cheptel simple, le bailleur fournit seul tout le fonds de bétail. Aussi, dans le cheptel à moitié, la perte totale est-elle, de même que la perte partielle, supportée en commun par le preneur et par le bailleur. Art. 1818.

La loi défend formellement, dans ce contrat, toute clause qui attribuerait au bailleur plus de la moitié des laines et du croît, à moins que le bailleur ne soit propriétaire de la métairie, dont le preneur à cheptel est fermier ou colon partiaire, auquel cas les parties peuvent faire valablement les stipulations permises dans le cheptel simple. Art. 1819 cbn. 1811.

A cette particularité près, les règles sur le cheptel simple s'appliquent toutes au cheptel à moitié. Art. 1820.

suiv. Mais le texte précis de l'art. 2279 ne permet plus de suivre les dispositions de ces coutumes, puisque le bailleur ne se trouve dans aucun des cas où cet article autorise, par exception, la revendication en fait de meubles. Duranton, XVII, 282. Marcadé, sur l'art. 1812, n° 1. Zachariæ, § 376, note 2. Crim. rej., 5 octobre 1820, Sir., 21, 1, 20.

[8] Duranton, XVII, 281. Duvergier, II, 416. Troplong, III, 1152 à 1154. Taulier, VI, p. 328. Marcadé, sur l'art. 1812, n° 2.

[9] Zachariæ, § 376, note 2. Civ. rej., 9 août 1815, Sir., 20, 1, 469.

[10] Troplong, III, 1161. Marcadé, sur l'art. 1813, n° 1. Req. rej., 7 mars 1843, Sir., 43, 1, 285.

[11] Pothier, n° 30. Zachariæ, § 376, note 2, *in fine*. — M. Duranton (XVII, 286) pense que la réconduction serait de la durée du bail primitif. MM. Duvergier (II, 424), Troplong (III, 1180) et Marcadé (sur les art. 1815 et 1816, n° 1) estiment qu'elle serait toujours de trois ans.

3° Le cheptel de fer[12] est celui par lequel le propriétaire d'une ferme ou d'une métairie donne à bail, avec cet héritage, les bestiaux attachés à son exploitation, sous la condition qu'à l'expiration du bail, le preneur laissera des bestiaux d'une valeur égale au prix de l'estimation de ceux qu'il a reçus. Art. 1821.

Ce contrat diffère principalement du cheptel simple, en ce que l'estimation du fonds de bétail le met aux risques du preneur, qui en supporte par conséquent la perte totale, lors même qu'elle a été causée par cas fortuit[13]. Art. 1822 et 1825. Voy. art. 1824.

Dans le cheptel de fer, il est libre aux parties de modifier, comme elles le jugent convenable, les règles établies par la loi[14]. Arg. art. 1823 et 1825.

Quoique le preneur ne soit pas propriétaire du cheptel de fer, il ne lui est cependant pas interdit de disposer d'une partie des bêtes dont il se compose, pourvu qu'il le fasse de bonne foi et de manière à ne pas compromettre les intérêts du bailleur[15]. Lorsque le fonds de bétail a pris un accroissement d'une importance telle qu'il soit d'une valeur beaucoup supérieure à son estimation, les créanciers du preneur peuvent en saisir une partie, sans distinction des bêtes qui s'y trouvaient originairement comprises et de celles qu'il a élevées ou achetées[16].

4° Le cheptel donné au colon partiaire est soumis, sauf les dispositions particulières des art. 1828 et 1829, aux règles qui régissent le cheptel simple. Art. 1830.

5° Le contrat improprement appelé cheptel est celui par lequel un propriétaire de vaches, en les livrant à un tiers qui se charge de les loger, de les nourrir et de les soigner, lui abandonne, pour

[12] Ce cheptel est appelé de *fer* ou de *bêtes de fer*, parce que le bétail qui en fait l'objet est, en quelque sorte, attaché à la ferme ou à la métairie. Merlin, *Rép.*, v° Cheptel, § 3. Pothier, n° 65.

[13] Cpr. Bourges, 3 juin 1845, Sir., 47, 2, 53.

[14] On doit donc considérer comme valable la clause qui donnerait au bailleur une part plus grande dans les bénéfices que dans les pertes, et même celle qui lui attribuerait une part des profits, sans mettre à sa charge aucune portion de la perte. Duranton, XVII, 299. Duvergier, II, 440.

[15] Arg. art. 1826. Req. rej. 6 mai 1835, Sir., 36, 1, 677. Bordeaux, 20 février 1845, Sir., 45, 2, 367.

[16] Merlin, *Rép.*, v° Cheptel, § 3, n° 5. Duvergier, II, 443 et 445. Zachariæ, § 376, note 3. Req. rej., 8 décembre 1806, Sir., 7, 1, 52.

prix de ses soins, le laitage et le fumier, et se réserve tout le profit du croît. Art. 1831.

Le preneur est obligé de nourrir les veaux jusqu'à ce qu'ils soient assez forts pour être retirés, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'ils aient de trois à quatre semaines[17].

Le traitement des vaches, au cas de maladie, est, à moins de convention contraire, à la charge du bailleur, le preneur n'étant tenu qu'aux soins ordinaires[18].

Lorsque la durée de la convention n'est pas fixée, le bailleur et le preneur peuvent, quand bon leur semble, retirer ou rendre les vaches, pourvu toutefois que ce ne soit pas à contre-temps[19].

d. *Du contrat de société.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 1832-1873. — Bibliographie. *Traité du contrat de société*, par Pothier. — *Théorie du contrat de société d'après le Droit romain et le Droit français*, par Treitschké, en allemand; Leipsic, 1827, in-8°. — Troplong, *Du contrat de société civile et commerciale*; Paris, 1843, 2 vol. in-8°. — Duvergier, *Du contrat de société*; Paris, 1839, 1 vol. in-8°. — Delangle, *Des sociétés commerciales*; Paris, 1843, 2 vol. in-8°.

§ 377.

Notion du contrat de société.

La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de former un fonds commun, au moyen de mises à fournir par chacune d'elles, dans la vue de faire valoir ce fonds et de partager les bénéfices qui pourront résulter de l'emploi qu'elles en feront. Art. 1832.

Ce contrat exige donc, comme conditions essentielles à son existence :

1° Le consentement des parties. Ce consentement doit porter sur tous les éléments constitutifs du contrat de société. Ainsi, la simple communauté d'intérêts résultant d'un fait même volontaire de la part des coïntéressés, par exemple, d'une acquisition faite en commun, ne forme pas une société proprement dite, lorsque les parties n'ont pas eu en vue de réaliser le but caractéristique de ce contrat[1].

[17] Pothier, n° 72. Duranton, XVII, 313.
[18] Pothier, n° 74. Duvergier, II, 460.
[19] Pothier, n° 76. Duvergier, II, 459.
[1] LL. 31, 32 et 33, D. *pro soc.* (17, 2).

La société commence à l'instant même où intervient le consentement nécessaire à sa formation, à moins que les parties n'en aient fixé le commencement à une autre époque. Art. 1843.

2° Une mise ou un apport à fournir par chacune des parties, dans le but de constituer un fonds commun.

Les mises peuvent consister, soit en quelque industrie, soit dans la propriété ou la simple jouissance de biens corporels ou incorporels quelconques, pourvu que ces biens présentent une valeur appréciable en argent. L'influence ou le crédit d'une personne ne peuvent, à eux seuls, former une mise sociale[2]. Art. 1833, al. 2. Du reste, il n'est pas nécessaire que les mises des différents associés soient de même nature.

La convention par laquelle des personnes qui déclarent s'associer, attribueraient à l'une d'elles une portion d'intérêt, sans qu'elle fût tenue de faire aucune mise, constituerait, relativement à cette dernière, non une société, mais un acte de libéralité, dont les effets se détermineraient d'après les règles générales qui régissent les donations entre-vifs[3]. Il en serait ainsi, lors même que la personne dispensée de l'obligation de fournir un apport se serait engagée à contribuer aux pertes, dans le cas où il y en aurait. Art. 1833, al. 2.

3° Un fonds commun créé avec intention de le faire valoir, et de partager les bénéfices qui résulteront des opérations faites à l'aide de ce fonds.

Cette intention surtout caractérise le contrat de société, tel qu'il est défini et réglé par le Code Napoléon[4]. Ainsi, les assurances mutuelles et les tontines ne sont pas de véritables sociétés[5].

[2] *Discussion au Conseil d'Etat, Exposé de motifs*, par Treilhard, et *Discours* de Gillet (Locré, *Lég.*, XIV, p. 490, n° 4, p. 522, n° 9, p. 550, n° 6). Troplong, I, 114 et 115. Duvergier, n°s 18 à 20. Voy. cep. Duranton, XVII, 218 ; Zachariæ, § 377, note 2.

[3] Une pareille convention constitue une donation de biens présents. C'est à tort que Pothier (n° 8) y voit une donation de biens à venir, et ne la considère comme valable qu'autant qu'elle est faite par contrat de mariage. Delvincourt, III, p. 219. Duranton, XVII, 324. Pardessus, *Cours de droit commercial*, IV, 983.

[4] Civ. cass., 22 novembre 1852, Sir., 53, 1, 73.

[5] Les assurances mutuelles, dans lesquelles chacun des associés s'engage à supporter son contingent des sinistres que pourront éprouver les autres, n'offrent, ni l'espoir, ni la possibilité de bénéfices. Les tontines, dont l'unique

Ainsi encore, le contrat par lequel les copropriétaires d'une usine conviennent de l'exploiter privativement, chacun à leur tour, pendant une période de temps déterminée, ne présente pas les caractères d'une société[6]. Il en est de même du contrat par lequel deux voisins conviennent, soit de faire construire ensemble un mur, pour y appuyer des constructions, soit d'acheter en commun un terrain pour se ménager la vue, ou se procurer un lieu de promenade[7].

La communauté d'intérêts que suppose toute société oblige virtuellement et nécessairement les divers associés à supporter une part des pertes qui pourront résulter des opérations sociales, tout comme elle les appelle à participer aux bénéfices.

La clause qui attribuerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, et celle qui affranchirait de toute contribution aux pertes, les objets apportés par l'un ou par l'autre des associés, seraient nulles[8], et entraîneraient la nullité du contrat de société tout en-

objet est de faire profiter les survivants des mises fournies par les prémourants, sont exclusives de toute idée de partage de bénéfices. Delangle, I, 3. Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 41. Cpr. Req. rej., 5 juillet 1829, Sir., 29, 1, 315.

[6] Req. rej., 4 janvier 1842, Sir., 42, 1, 231. Voy. aussi : Req. rej., 4 juillet 1826, Dalloz, 1826, 1, 403.

[7] M. Troplong (I, 12 à 14) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur la loi 52, § 13, D. *pro socio* (17, 2), et sur cette idée que les avantages, parfaitement appréciables en argent, que les parties se proposent de retirer de pareilles conventions, constituent de véritables bénéfices. Cette opinion, exacte sans doute en Droit romain, au point de vue de l'action compétant à chacun des communistes, nous paraît inconciliable avec les restrictions ou précisions contenues dans la définition donnée par l'art. 1832. En Droit romain, il y avait lieu à l'action *pro socio*, toutes les fois que, dans un but quelconque d'utilité réciproque, deux personnes étaient convenues d'avoir quelque chose en commun, et d'en maintenir l'indivision pendant un temps plus ou moins long. Mais, aux termes de l'art. 1832, il n'y a de vraie société que celle qui a pour but la réalisation de bénéfices à partager ; et ce serait, ce nous semble, faire violence à la langue, que d'appeler *bénéfices* des avantages de la nature de ceux que les conventions indiquées au texte sont destinées à procurer. Ces avantages, d'ailleurs, ne sont pas à partager entre les parties, chacune d'elles étant appelée à en jouir privativement.

[8] Le texte précis de l'art. 1855 doit faire rejeter aujourd'hui l'opinion de Pothier (n° 20), qui, d'après la L. 29, § 1, D. *pro. soc.* (17, 2), considère comme valable la clause affranchissant de toute contribution aux pertes, les objets apportés par l'un des associés, dans le cas où celui-ci confère à la société

tier[9]. Art. 1855. La promesse par laquelle le gérant d'une société garantirait à l'un des associés qu'il n'éprouvera aucune perte, tomberait également sous l'application de l'art. 1855[10].

Que si la société, conclue sous de pareilles clauses, avait de fait fonctionné, les droits respectifs des parties devraient être liquidés conformément à l'art. 1853, considéré comme énonçant une règle d'équité, applicable à toute espèce de communauté.

Mais rien n'empêche les parties de s'écarter plus ou moins, dans la fixation de leurs parts respectives aux profits ou aux pertes, des bases de répartition établies par l'art. 1853, pourvu que leurs conventions à cet égard ne contreviennent ni ouvertement, ni d'une manière indirecte, aux dispositions de l'art. 1855.

Ainsi, on peut valablement convenir que l'un des associés recevra dans les bénéfices, ou supportera dans les pertes, une part qui ne se trouve pas en proportion exacte avec sa mise[11].

Il est également permis de stipuler que l'un des associés supportera dans les pertes une part plus considérable ou moindre

quelque avantage particulier, avec lequel la dispense de contribution aux pertes peut se compenser. Ce texte ne permet pas non plus de regarder comme valable, ainsi que le fait Pothier (*loc. cit.*), la clause par laquelle deux personnes, qui apportent une mise égale, conviennent que l'une d'elles aura les trois quarts dans les bénéfices, et sera d'un autre côté chargée seule de toute la perte. Cpr. Duranton, XVII, 417 et 418.

[9] Il est vrai que l'art. 1855 ne prononce directement que la nullité des clauses qu'il prohibe, sans s'occuper de l'influence de cette nullité sur le contrat de société. Mais il ne serait pas exact de conclure de son silence à cet égard, par une sorte d'argument *a contrario*, que le contrat lui-même doit être maintenu. En effet, les diverses stipulations dont se compose l'acte de société sont, d'après l'intention commune des parties, à considérer comme formant un tout indivisible : et il ne serait ni équitable ni juridique de retenir dans les liens de la société, pour tout le temps convenu, l'associé au profit duquel auraient été stipulées des clauses de la nature de celles que l'art. 1855 frappe de nullité, tout en le privant du bénéfice de ces clauses. L. 29, § 2, D. *pro socio* (17,2). Duranton, XVII, 422. Duvergier, nº 277. Troplong, II, 662. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 223 ; Zachariæ, § 377, texte et note 4.

[10] Req. rej., 16 janvier 1867, Sir., 67, 1, 173.

[11] Maleville, sur l'art. 1855. Duranton, XVII, 417. Zachariæ, § 377, texte et note 5. — Cependant la clause qui n'attribuerait à l'un des associés qu'une part tellement petite aux bénéfices, ou qui ne le chargerait que d'une part si minime aux pertes, qu'il fût évident que les parties ont voulu, en l'établissant, éluder la disposition de l'art. 1855, devrait être annulée, comme faite en fraude de cette disposition. Cpr. Civ. cass., 17 avril 1837, Sir., 37, 1, 275.

que celle qui lui est attribuée dans les bénéfices [12]; que l'associé, qui n'apporte que son industrie, sera affranchi de toute obligation de contribuer sur son patrimoine au règlement des pertes [13]; ou que l'un des associés ne contribuera pas aux dettes qui resteront à payer après la perte de tout le fonds social [14].

Enfin, rien n'empêche de stipuler que l'un des associés sera privé de sa part dans les bénéfices pour le cas où, par son fait, les dépenses dépasseraient une somme déterminée [15].

A la différence des sociétés commerciales, les sociétés civiles ne forment pas des personnes morales ou juridiques, ayant une existence propre et distincte de la personnalité individuelle des associés [16], à moins qu'elles n'aient été établies et qu'elles ne

[12] Cpr. art. 1811, al. 3; et § 376.

[13] *Discours du tribun Gillet au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 553, n° 19). Zachariæ, § 377, *loc. cit.*

[14] Cpr. Maleville et Delvincourt, sur l'art. 1855; Duranton, XVII, 418 et suiv.

[15] C'est là une clause pénale, parfaitement licite. Req. rej., 16 novembre 1858, Sir., 59, 1, 382.

[16] Nos auteurs modernes se prononcent pour la plupart contre cette manière de voir, en se prévalant principalement de quelques textes de Droit romain (L. 22, D. *de fidej. et mand.* 46, 1 ; L. 3, § 4, D. *de bon. poss.* 37, 1 ; L. 65, § 14, D. *pro soc.* 17, 2), et de divers articles du Code dans lesquels la société, opposée aux divers associés considérés chacun pour soi, figure, comme propriétaire, comme créancière, et comme débitrice (art. 1845, 1846, 1848, 1849, 1851, 1852, 1859 et 1867). Aux textes du Droit romain cités par ces auteurs, on peut en opposer d'autres qui nous paraissent beaucoup plus concluants. Voy. L. 1, D. *de coll. et corp.* (47, 22) ; L. 13, § 1, D. *de præscrip. verb.* (19, 5) ; L. 13, D. *pro soc.* (17, 2) ; L. 3, C. *de commun. rer. alien.* (4, 52) ; L. 1, D. *quod cujus univers.* (3, 4). Cette dernière loi surtout prouve jusqu'à l'évidence que ce n'était que par exception, et en vertu d'une concession spéciale, que certaines sociétés, telles que celles pour la perception des impôts ou l'exploitation des mines, jouissaient du privilége de constituer des personnes morales. Quant au terme *société*, employé dans les articles ci-dessus indiqués du Code Napoléon, il faut, pour en saisir le véritable sens, distinguer ce qui n'est que simple image, forme plus commode ou plus abrégée du langage, de ce qui tient au fond et à la substance même des choses. Dans toute société, il peut y avoir opposition entre les intérêts individuels de chaque associé, et les intérêts communs de tous les associés pris collectivement. C'est uniquement pour désigner ces intérêts communs que la loi se sert du mot *société*. Ce qui le démontre, c'est que ce mot ne se retrouve que dans les dispositions légales qui statuent sur les rapports respectifs des associés les uns à l'égard des autres, et disparaît, pour faire

fonctionnent sous l'une des trois formes propres au commerce [17]. Cette proposition conduit, entre autres, aux conséquences suivantes:

La propriété des objets composant le fonds commun réside sur la tête des divers associés, qui sont, chacun individuellement, copropriétaires de ces objets, dans la proportion de leurs mises. Chaque associé peut donc, sauf les effets du partage, hypothéquer, pendant la durée de la société, sa part indivise dans les immeubles communs.

La part de chaque associé dans une société dont le fonds commun comprend des immeubles, constitue, en ce qui concerne ces

place à celui *d'associés*, dans les art. 1862 à 1864, qui s'occupent des engagements des associés à l'égard des tiers. Il existe d'ailleurs, dans notre titre même, diverses dispositions qui repoussent, pour les sociétés civiles, toute idée de personnalité juridique. Tel est l'art. 1849, qui suppose que les créances sociales sont, même pendant la durée de la société, divisées de fait entre les divers associés; ce qui serait inadmissible, si la propriété de ces créances résidait, ainsi que cela a lieu dans les sociétés commerciales, sur la tête de la société considérée comme personne morale. Les art. 1862 et 1863 sont plus péremptoires encore : Il en résulte d'un côté, que le créancier d'une dette sociale ne peut demander à chaque associé que sa part dans la dette, et qu'il n'est pas admis à refuser une part distincte qui lui serait offerte par l'un des associés ; ce qui ne saurait avoir lieu, si le créancier avait pour débitrice la société comme personne morale, puisque, dans cette hypothèse, on retomberait sous l'application des art. 1220 et 1244. D'un autre côté, l'art. 1863 accorde au créancier d'une dette sociale, une action directe et principale contre chacun des associés personnellement. Or, une pareille action pourrait-elle appartenir au créancier, s'il avait pour débitrice la société comme personne morale ? N'est-il pas évident que, dans cette supposition, il ne jouirait, ainsi que cela a effectivement lieu dans les sociétés commerciales, que d'un recours subsidiaire contre les associés ? Voy. Delangle, I, 263. Enfin l'argument *a contrario* que fournissent les art. 529 du Code Napoléon, et 69, nº 6 du Code de procédure, vient encore corroborer notre système. Cpr. à cet égard, notes 18 et 19 *infra*. Voy. en ce sens : Vincens, *Législation commerciale*, I, 97 ; Fremery, *Études de droit commercial*, p. 30 ; Thiry, *Dissertation*, *Revue critique*, 1854, V, p. 412, et 1855, VII, p. 289 ; Demangeat, sur Bravard, *Traité de droit commercial*, I, p. 174, note 1re. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 975 et 976 ; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 2065 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, p. 464 ; Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, III, 2753 ; Toullier, VI, p. 383 ; Delangle, I, 14 et suiv. ; Troplong, I, 58 ; Duvergier, nos 141, 381 et suiv. ; Larombière, *Des obligations*, III, p. 620, nº 6 ; Bravard, *op. cit.*, I, p. 170 et suiv. ; Civ. cass., 9 mai 1864, Sir., 64, 1, 239.

[17] Cpr. § 54, texte et notes 20 à 22, 27 et 28.

immeubles, un droit immobilier[18]. Ainsi, cette part ne tombe pas dans la communauté légale ; et, d'un autre côté, elle serait comprise dans un legs de tout ou partie des immeubles.

Les associés doivent figurer, en nom propre et individuel, dans les instances relatives aux affaires sociales. Ils ne seraient pas à considérer comme ayant été dûment représentés par l'associé administrateur, qui aurait seul figuré dans les actes de la procédure[19].

Mais les tiers qui ont des intérêts à débattre avec la société ne sont pas obligés d'assigner tous les associés ensemble. Ils peuvent diriger leur action contre quelques-uns d'entre eux seulement, sauf à ne provoquer de condamnation contre chacun d'eux que pour sa part et portion virile[20].

§ 378.

De la forme du contrat de société ; de son objet ; et des conditions requises pour rendre opposables aux tiers les conventions concernant les apports respectifs des associés.

1° Ce contrat peut être conclu verbalement, aussi bien que par écrit[1]. La disposition de l'art. 1834, qui prescrit la rédaction par

[18] Cela revient à dire, en d'autres termes, que l'art. 529 du Code Napoléon ne s'applique pas aux parts des associés dans les sociétés civiles ordinaires, c'est-à-dire dans les sociétés dont les opérations ne présentent pas le caractère d'actes de commerce, et qui d'ailleurs n'ont pas été organisées pour fonctionner sous la forme commerciale. Il ressort du texte même de l'art. 529, qui ne parle pas des sociétés en général, mais seulement *des compagnies* de commerce, de finance, ou d'industrie, et de la discussion au Conseil d'État, que la règle énoncée dans cet article est étrangère aux sociétés civiles ordinaires. Cpr. Locré, *Lég.*, VIII, p. 36 et 37, n° 22.

[19] Arg. *a contrario*, art. 69, n° 6, du Code de procédure. Req. rej., 8 novembre 1836, Sir., 36, 1, 811. Cpr. aussi : Req. rej. 11 novembre 1829, Sir., 30, 1, 37 ; Civ. cass., 26 mai 1841, Sir., 41, 1, 483 ; Crim. cass., 21 juillet 1854, Sir., 54, 1, 489. Le premier de ces arrêts, quoique portant que la société civile constitue, comme la société de commerce, un *être moral*, ne paraît cependant pas avoir pris ces dernières expressions dans leur acception rigoureuse. Autrement, il présenterait une palpable contradiction, en ce que, d'une part, il aurait reconnu l'existence d'une personne juridique, et aurait, d'autre part, refusé d'admettre que cette personne pût être valablement représentée en justice par son administrateur.

[20] Civ. rej., 29 juin 1853, Sir., 55, 1, 495.

[1] Le Code Napoléon ne reconnaît plus les communautés universelles tacites (*sociétés taisibles*), qui, dans plusieurs coutumes, se formaient, de plein droit.

écrit des contrats de société dont l'objet [2] dépasse la somme ou la valeur de cent cinquante francs, doit être considérée comme un simple développement de l'art. 1341, et comme ayant pour but, non de soumettre à la rédaction d'un acte instrumentaire la validité des contrats de société, mais seulement d'en proscrire la preuve testimoniale, en dehors des cas d'exception établis par les art. 1347 et 1348, nº 4 [3].

entre certaines personnes, par suite de la vie à *pot commun*, pendant l'an et jour. Merlin, *Rép.*, vº Communauté tacite. Duranton, XVII, 349. Zachariæ, § 378, note 1re *in fine*. Cpr. Rennes, 19 décembre 1833, et Paris, 19 août 1851, Sir., 52, 2, 209. Voy. cep. en ce qui concerne les associations fromagères : Besançon, 12 mars 1867, Sir., 67, 2, 281, et les autres décisions citées dans la note qui accompagne cet arrêt.

2 On doit entendre par les termes *objet de la société*, la valeur de toutes les mises réunies, et par conséquent rejeter ou admettre la preuve testimoniale d'une société conclue verbalement, selon que cette valeur dépasse ou qu'elle ne dépasse pas cent cinquante francs. Quant aux bénéfices et aux pertes, chaque associé est admis, quelle qu'en soit l'importance, à les prouver par témoins, dès que l'existence de la société elle-même est légalement constatée. Troplong, I, 202. Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 43 et 44. Zachariæ, § 378, texte et note 2. Turin, 24 mars 1807, Sir., 7, 2, 641. — MM. Delvincourt (sur l'art. 1834) et Duranton (XVII, 343) professent une opinion contraire. Selon ces auteurs, les termes *objet de la société* s'appliqueraient au montant de la demande formée par une personne qui réclame une part, soit dans le fonds commun, soit dans les bénéfices d'une société qu'elle prétend exister. Mais cette interprétation nous paraît aussi contraire au sens naturel des expressions dont s'agit, et à l'ensemble de l'art. 1834, qu'aux principes généraux en matière de preuve testimoniale.

3 Cpr. art. 1866 ; § 306, note 6. Delvincourt, III, p. 219. Duranton, XVII, 336. Favard, *Rép.*, vº Société, chap. I, sect. I, § 1, nº 2. Duvergier, I, 66. Troplong, I, 200. Delangle, II, 507. Zachariæ, § 378, texte et note 3. Paris, 17 avril 1807, Sir., 7, 2, 1204. Turin, 10 avril 1811, Sir., 13, 2, 352. Bruxelles, 28 juin 1810, Sir., 14, 2, 93. Civ. rej., 12 décembre 1825, Sir., 26, 1, 284. Nancy, 17 janvier 1829, Sir., 29, 2, 124. Civ. rej., 19 juillet 1852, Sir., 53, 1, 33. Civ. rej., 18 février 1858, Sir., 58, 1, 46. — Le Code de commerce exige l'écriture comme une condition de la validité, dans les rapports des associés entre eux, de toute société commerciale proprement dite. Code de commerce, art. 39 et 41 cbn. art. 42. Mais la nullité résultant de l'inobservation de cette condition ne peut être opposée aux tiers, qui sont même autorisés à prouver par témoins l'existence d'une société commerciale proprement dite. Pardessus, *Cours de Droit commercial*, IV, 1007 et suiv. Rouen, 6 avril 1811, Sir., 12, 2, 33. Req. rej., 29 novembre 1812, Sir., 16, 1, 171.—Voy. en ce qui concerne les associations commerciales en participation : Code de Commerce, art. 47 à 49.

2° Les choses qui ne sont pas susceptibles d'être vendues ou louées, ni, par suite, d'être mises en commun, telles, par exemple, qu'un office ministériel, ne peuvent pas former l'objet d'un contrat de société [4]. Une société contractée pour l'exploitation d'un pareil office est à considérer comme non avenue, en ce sens qu'aucune des parties ne peut être contrainte de demeurer dans la situation créée par cette convention. Mais si le contrat avait été exécuté, les intérêts des parties devraient être liquidés, en profits ou en pertes, d'après les conventions arrêtées entre elles [5].

Une société contractée dans la vue de faire des opérations prohibées par la loi, ou contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, doit également être réputée non avenue. Il en serait ainsi, par exemple [6], d'une société formée pour l'exercice de la contrebande à l'intérieur, ou pour l'exploitation en France d'une maison de jeu [7]. En pareil cas, aucun des associés n'a d'action contre les autres, ni pour les faire contribuer aux pertes qu'il aurait éprou-

[4] Cpr. § 344, texte, notes 7 et 9. Voy. cependant en ce qui concerne les charges d'agents de change : Loi du 2 juillet 1862, et § 344.

[5] Si l'exploitation en commun d'un office ministériel, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une convention obligatoire pour les parties, ce n'est pas à dire pour cela que les stipulations relatives au partage des bénéfices réalisés, ou des pertes subies, jusqu'au moment où a cessé de fait toute communauté d'intérêts entre les parties, ne doivent recevoir leur exécution, lorsque d'ailleurs elles ne présentent en elles-mêmes rien d'illicite. Civ. rej., 24 août 1841, Sir., 42, 1, 68. Lyon, 9 décembre 1850, Sir., 50, 2, 634. Req. rej., 15 décembre 1851, Sir., 52, 1, 21. Paris, 10 mai 1860, Sir., 60, 2, 465. Req. rej., 16 août 1864, Sir., 65, 1, 23. Cpr. Civ. cass., 15 janvier 1855, Sir., 55, 1, 257. Voy. en sens contraire : Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 65 ; Troplong, I, 105 ; Duvergier, n° 25 et suiv. ; Delangle, I, 102 ; Bédarride, *Des sociétés*, n°s 26 et 27 ; Bournat, *Revue pratique*, 1860, X, p. 289 et suiv., n°s 88 et suiv. ; Paris, 4 février 1854, Sir., 54, 2, 148.

[6] Voy. aussi : sur les associations formées en vue de remises ou de courtages à obtenir sur des opérations de bourse, Paris, 10 novembre 1854, Sir., 55, 2, 548 ; sur les associations conclues, soit entre un adjudicataire de créances et l'huissier chargé d'en opérer le recouvrement, soit entre un médecin et un pharmacien, Req. rej., 10 janvier 1865, Sir., 65, 1, 110. Paris, 31 mai 1866, Sir., 67, 2, 49.

[7] Il n'en serait pas de même d'une société formée, soit pour faire la contrebande en pays étranger, soit pour l'exploitation d'une maison de jeu autorisée en pays étranger. Larombière, *Des obligations*, I, p. 345, n°s 41 et 42. Req. rej., 25 août 1835, Sir., 1835, 1, 673. Paris, 22 février 1849, Sir., 49, 2, 144. Voy. en sens contraire : Delangle, I, 104 ; Paris, 31 mars 1849, Sir., 49, 2, 464.

vées, ni pour réclamer sa part dans les bénéfices qu'ils auraient réalisés[8]. Mais chacun des associés est autorisé à réclamer la restitution de sa mise, déduction faite des pertes qui peuvent être résultées des opérations sociales[9].

3° Le principe d'après lequel les conventions ayant pour objet de transférer ou de constituer des droits personnels ou réels, opèrent immédiatement et par elles-mêmes le transport ou la constitution de ces droits, et les modifications auxquelles ce principe est soumis[10], s'appliquent aux conventions concernant les apports respectifs des associés.

C'est ainsi que la mise en société des créances ordinaires ne devient opposable aux tiers que moyennant l'accomplissement de l'une ou l'autre des conditions exigées par l'art. 1690[11].

C'est ainsi encore que, dans le cas où un apport consiste en droits dont la constitution ou la translation ne devient efficace à l'égard des tiers que par la transcription, l'acte constatant l'apport doit être soumis à cette formalité.

§ 379.

Des différentes espèces de société.

1° Les sociétés sont universelles ou particulières. Art. 1835.

Les sociétés universelles se divisent en sociétés univer-

[8] *Nulla doli est communicatio.* Duranton, XVII, 327. Troplong, I, 99 à 102. Duvergier, nos 27 à 30. Delangle, I, 101.

[9] Duvergier, n° 31. Delangle, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1009 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 65 ; Troplong, I, 105. Ces derniers auteurs font, à notre avis, une fausse application des règles sur la *condictio ob turpem causam*, qui suppose un paiement effectué en retour de la promesse d'un fait illicite, ce qui ne se rencontre pas dans notre espèce. L'associé qui opère le versement de sa mise, n'entend pas en transférer la propriété à l'associé chargé de la recevoir ; son intention est seulement de la mettre en commun, pour qu'elle soit employée à l'usage convenu entre les parties ; et si cet emploi devient impossible en raison du caractère illicite de la société, la mise demeure sans cause entre les mains de celui qui l'a reçue, et se trouve par conséquent soumise à répétition, *condictione sine causa*. Cpr. L. 5, *pr.* et § 1, D. *de cond. sine causa* (12, 7).

[10] Voy. §§ 174 et 209.

[11] Duvergier, n° 379. Troplong, II, 766. Req. rej., 28 avril 1869, Sir., 69, 1, 313.

selles de biens présents et en sociétés universelles de gains[1]. Art. 1836[2].

La société universelle de biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun la totalité des biens, tant meubles qu'immeubles, qu'elles possèdent au moment du contrat, avec les profits qu'elles en recueilleront. Art. 1837, al. 1.

Les parties peuvent aussi y comprendre leur industrie, ainsi que toute espèce de gains. Mais il leur est interdit d'y faire entrer, pour la propriété, les biens à écheoir par succession, legs ou donation, qui, du reste, y tombent de plein droit, pour l'usage ou la jouissance. Art. 1837, al. 2. Cpr. cep. art. 1526. La clause par laquelle les parties déclareraient comprendre dans une société universelle de biens la propriété de ceux qui leur adviendront par succession ou par donation, serait nulle, et entraînerait la nullité du contrat tout entier[3].

La société universelle de gains est celle par laquelle les parties mettent en commun, d'une part, tout ce qu'elles acquerront durant la société par leur industrie[4], d'autre part, la propriété de

[1] Ces dénominations, employées par la loi, ne sont pas tout à fait exactes, puisque, d'une part, la société universelle de biens présents peut, à l'exception des biens à échoir par donation ou succession, comprendre toutes autres espèces de biens à venir, que les parties voudraient y faire entrer ; et que, d'autre part, la société universelle de gains comprend, de plein droit, les biens meubles que les associés possédaient au moment de la formation du contrat. Cpr. art. 1837 et 1838.

[2] Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas cru devoir admettre la société universelle de tous biens présents et à venir, reconnue par l'ancien Droit, et qui, sauf stipulation contraire, comprenait même les biens devant échoir aux associés par donation ou par succession. Ils ont pensé que, dans une pareille société, les mises seraient trop incertaines pour que les parties pussent contracter en connaissance de cause, et qu'une convention de cette nature offrirait un moyen trop facile d'éluder les dispositions de la loi sur les donations, et notamment la prohibition de donner des biens à venir. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 492 et suiv., nos 10 et 11). *Exposé de motifs*, par Treilhard, et *Rapport au Tribunat*, par Boutteville (Locré, *Lég.*, XIV, p. 520, n° 7, p. 532, n° 6). Zachariæ, § 379, note 1re.

[3] Cpr. § 377, texte et note 9. Troplong, I, 276. Duvergier, I, 103. Larombière, *Des obligations*, I, p. 357, n° 52. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 350 ; Zachariæ, § 379, note 3.

[4] Cette société ne comprend donc point, de sa nature, toute espèce de gains : ce qui advient aux parties, par exemple, par don de fortune, n'y entre pas. Cpr. L. 52, § 16, LL. 53 et 54, D. *pro soc.* (17, 2). Zachariæ, § 379, note 4. Mais

tous les biens meubles et la jouissance de tous les immeubles qu'elles possèdent au moment de la formation du contrat. Art. 1838.

Lorsque les parties ont simplement stipulé une société universelle, sans s'expliquer sur ce qu'elle comprendrait, elles sont censées n'avoir voulu établir qu'une société de gains. Art. 1839.

Les dettes des associés existant au jour du contrat, ainsi que les charges dont leurs biens sont grevés, entrent dans la société universelle de biens présents, sans distinction de leur origine et de leur nature. Au contraire, les dettes mobilières et les intérêts des dettes immobilières entrent seuls dans la société universelle de gains[5].

Une société universelle, soit de biens présents, soit de gains, ne peut être valablement établie qu'entre personnes respectivement capables de se donner l'une à l'autre et de recevoir l'une de l'autre[6]. Les sociétés universelles contractées par des personnes qui meurent en laissant des héritiers à réserve, ne sont point, à raison de cette circonstance, frappées de nullité. Mais l'avantage qui pourra en résulter pour leurs associés sera réductible à la quotité disponible. Art. 1840[7].

il n'est pas douteux que les parties ne puissent, par une clause spéciale, faire entrer dans une société universelle de gains, toute sorte de gains indistinctement. L'art. 1838 n'a d'autre but que de poser une règle d'interprétation, qui n'est plus applicable, lorsque les parties ont elles-mêmes indiqué les objets qui doivent entrer dans la société. Zachariæ, *loc. cit.*

[5] Pothier, n[os] 37 et 52. Delvincourt, sur l'art. 1837. Zachariæ, § 379, texte et note 6. Voy. sur le sens des expressions *dettes mobilières ou immobilières* : § 508, n° 1.

[6] Ainsi, serait nulle la société universelle contractée entre un médecin et son malade, entre un père et son enfant adultérin. Cpr. art. 908 et 909. — M. Duranton (XVII, 376) considérait également comme nulle, avant l'abolition de la mort civile, toute société universelle contractée avec un mort civilement ; mais cette opinion est sujette à difficulté. L'art. 1840 n'exige pas, comme condition de la validité d'une pareille société, la capacité absolue, pour chacune des parties, de donner et de recevoir à titre gratuit. Il ne défend cette sorte de convention qu'aux personnes entre lesquelles il existe une incapacité relative de se donner, ou de recevoir l'une de l'autre. Il semble donc qu'une société universelle contractée avec un mort civilement ne puisse être attaquée que comme ayant été faite dans le but de déguiser une donation, et à charge de prouver la simulation.

[7] Les termes de l'art. 840, *et auxquels il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes*, présentent quelque obscurité. Delvincourt (III,

La société particulière est celle par laquelle plusieurs personnes mettent en commun la propriété, la jouissance ou l'usage d'objets individuellement désignés, ou par laquelle elles se réunissent, soit pour une entreprise déterminée, soit pour l'exercice de quelque industrie ou de quelque profession. Art. 1841 et 1842.

2° Les sociétés sont civiles ou commerciales, selon que, eu égard à leur objet principal, elles ont été formées en vue d'opérations qui ne présentent pas ou qui présentent le caractère d'actes de commerce[8]. Nous n'avons pas à nous occuper des sociétés commerciales. Nous nous bornerons à faire remarquer que les principes posés par le Code Napoléon sont applicables à ces sociétés, en tant qu'ils ne sont pas contraires aux lois et usages du commerce. Art. 1873. Code de comm., art. 18 et suiv.

§ 380.

Des obligations des associés entre eux.

1° Chaque associé est tenu d'effectuer sa mise au temps convenu. Art. 1845, al. 1.

L'associé qui ne satisfait pas à cette obligation au terme fixé pour son exécution, est de plein droit constitué en demeure, et doit, à partir de cette époque, faire état à ses associés des fruits ou revenus des objets composant sa mise, des intérêts des sommes qu'il avait à verser[1], et des profits par lui retirés de l'industrie

p. 220) en a inféré que les rédacteurs du Code Napoléon avaient eu la pensée de prohiber les sociétés universelles entre toutes personnes qui ne jouiraient pas, l'une à l'égard de l'autre, de la faculté illimitée de disposer à titre gratuit. Voy. dans le même sens : Duvergier, n° 119. Mais la disposition de l'art. 1840, entendue en ce sens, ne se justifierait par aucun motif plausible ; et ce n'est point ainsi qu'elle a été expliquée dans la discussion au Conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, XIV, p. 497, n°s 11 et 12. Enfin, les art. 1526 et 1527, al. 3 confirment encore l'interprétation que nous avons donnée de cet article. Duranton, XVII, 381. Troplong, I, 305 et suiv. Zachariæ, § 379, note 9.

[8] Cpr. Req. rej., 6 juillet 1868, Sir., 68, 1, 396 ; Civ. rej., 3 février 1869, Sir., 69, 1, 217.

[1] Les intérêts de sommes dues à titre de mises sociales sont, comme tous autres intérêts, soumis à la prescription de 5 ans, établie par l'art. 2277. Les intérêts remontant à plus de 5 ans ne pourraient être alloués qu'à titre de dommages-intérêts, et sur des conclusions formelles prises à cet effet. Civ. cass., 19 février 1869, Sir., 69, 1, 256.

qu'il devait exercer pour le compte commun. Il est, en outre, dans toutes ces hypothèses, passible de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. Art. 1846, al. 1 et 3[2]. Art. 1847.

2° Lorsqu'il s'agit d'une société particulière, et que la mise d'un associé consiste en un ou plusieurs objets individuellement déterminés, apportés, soit pour la propriété, soit pour la jouissance, cet associé est garant envers la société de l'éviction qu'elle peut éprouver. Cette garantie est, suivant les circonstances, régie par des principes analogues à ceux qui règlent la garantie du vendeur envers l'acheteur, ou du bailleur envers le preneur. Art. 1845 et arg. de cet article.

3° Dans les circonstances indiquées au numéro précédent, l'associé qui a promis d'apporter un immeuble pour la propriété ou pour la jouissance, est tenu, comme le vendeur ou le bailleur, de délivrer la contenance portée au contrat. Les conséquences de son obligation se déterminent d'après les dispositions des art. 1617 et suiv., de sorte que, dans les hypothèses auxquelles s'applique l'art. 1619, il n'est passible d'indemnité pour déficit de contenance, qu'autant que ce déficit est d'un vingtième au moins[3].

4° Chaque associé répond des dommages qu'il a causés par sa faute[4], sans pouvoir compenser ces dommages avec les profits que sa diligence aurait procurés dans d'autres affaires. Art. 1850.

5° Chaque associé est tenu de veiller et de pourvoir aux intérêts sociaux, comme aux siens propres.

Il résulte de ce principe, que l'associé doit faire état à ses coassociés du paiement qu'il a reçu d'une personne dont il était

[2] Cpr. L. 38, § 9, *D. de usur.* (22, 1); L. 60, § 1. *D. pro soc.* (17, 2). L'art. 1846 consacre, en matière de société, une double dérogation aux principes généraux sur la mise en demeure et sur l'étendue des dommages-intérêts. La première consiste en ce que l'associé est constitué en demeure par la seule échéance du terme fixé pour la réalisation de sa mise. Cpr. art. 1146, 1139, 1153 ; § 308, texte n° 1, et note 21. La seconde résulte de ce que l'associé qui est en retard de verser la somme faisant l'objet de sa mise, peut être condamné à des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal de cette somme. Cpr. art. 1153 ; § 308, texte n° 4, et note 48. Ces dérogations se justifient parfaitement par la nature spéciale du contrat de société. Cpr. Duranton, XVII, 398 et suiv.

[3] Duranton, XVII, 393. Troplong, I, 534. Delangle, I, 88. Cpr. Civ. rej., 14 janvier 1862, Sir., 62, 1, 533. Voy. en sens contraire : Duvergier, n° 156.

[4] Cpr. sur l'étendue de cette responsabilité : § 308, texte n° 2, et note 28.

créancier pour une somme non encore exigible, lorsque cette personne se trouvait en même temps débitrice de la société pour une somme déjà exigible[5].

Il en résulte encore que, quand la créance de la société et celle de l'associé sont également exigibles, ce dernier est obligé de faire état à ses coassociés du paiement qu'il a reçu du débiteur commun, dans la proportion du montant des deux créances. L'obligation à laquelle l'associé est soumis à cet égard existe, lors même que le paiement a été exclusivement imputé sur sa créance personnelle et que la quittance par lui délivrée porte que c'est le débiteur qui a exigé cette imputation[6]. Art. 1848. Toutefois, si le débiteur avait eu un intérêt légitime à diriger l'imputation sur la créance de l'associé, qui était, soit productive d'intérêts, soit garantie par une hypothèque ou un cautionnement, tandis que la créance de la société ne se trouvait dans aucune de ces conditions, cet associé ne serait pas tenu de faire état à ses coassociés du paiement par lui reçu[7]. Du reste, l'imputation qui aurait été faite en totalité sur la créance de la société lierait l'associé qui a reçu le paiement; il ne pourrait, par conséquent, retenir aucune partie des fonds par lui touchés. Art. 1848.

Il résulte enfin du principe ci-dessus posé, que l'associé qui a reçu sa part entière dans une créance sociale est tenu, lorsque le débiteur devient insolvable par la suite, de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, quoiqu'il ait spécialement donné quittance pour sa part. Art. 1849.

6° Chaque associé est, à moins de convention contraire[8], tenu de contribuer aux pertes dans la proportion de la part qu'il prendrait aux bénéfices, s'il y en avait. Art. 1853 et arg. de cet article[9].

[5] Arg. *a fortiori* art. 1848. Voy. aussi art. 1256. Duranton, XVII, 401.

[6] L'art. 1848 n'a pas pour objet de déroger à l'art. 1253. L'imputation, indiquée ou acceptée par le débiteur, produira son effet, en ce sens que celui-ci sera libéré de la dette sur laquelle le paiement aura été imputé. Delvincourt, III, p. 231. Duranton, XVII, 401. Zachariæ, § 380, note 6. Aussi les termes de l'art. 1848 : *l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire, etc.*, ne nous paraissent-ils pas rendre d'une manière exacte la pensée du législateur.

[7] Arg. art. 1256. Delvincourt, *loc. cit.* Larombière, III, p. 426, n° 6. Voy. en sens contraire: Duranton, *loc. cit.*

[8] Cpr. § 377, texte et notes 8 à 15.

[9] § 3, *Inst. de Sociét.* (3, 25). Duranton, XVII, 416. Duvergier, n° 240. Amiens, 27 mai 1840, Sir., 42, 2, 113.

Il en est ainsi, alors même que les mises des associés étant égales, les bénéfices devaient cependant se partager inégalement[10].

Réciproquement, si les mises étant inégales, il avait été convenu que les bénéfices et les pertes se partageraient par portions égales, la circonstance que le fonds commun aurait été complétement absorbé, n'autoriserait pas l'associé, qui a fait l'apport le plus considérable, à exiger des autres une indemnité proportionnée à la différence des mises[11].

§ 381.

Des droits des associés les uns envers les autres.

1° Chaque associé a le droit de réclamer sa part dans les bénéfices.

Lorsque les parts dans les bénéfices n'ont pas été déterminées par le contrat de société ou par une convention postérieure, elles se règlent en proportion des mises de chaque associé. Art. 1853, al. 1. Si la valeur des biens formant la mise de l'un des associés n'a point été fixée par les parties, il appartient au juge de l'apprécier.

Quant à la mise de l'associé qui n'a apporté que son industrie, elle est, à défaut de fixation conventionnelle, censée équivaloir à celle de l'associé dont l'apport est le moindre. Art. 1853, al. 2. Toutefois, lorsque la société a été dissoute avant le terme fixé pour sa durée, la valeur de la mise de l'associé qui n'a apporté que son industrie, est sujette à réduction dans la proportion de la durée effective de la société, comparée au temps pour lequel elle avait été conclue[1].

L'associé qui, outre son industrie, a apporté de l'argent ou d'autres biens, est à considérer comme ayant fait une double mise, de sorte qu'il faut, pour fixer le montant total de son apport, ajouter à la valeur des biens qu'il a mis en commun, une somme égale à la mise de l'associé qui a le moins apporté[2].

Du reste, les associés peuvent convenir de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour la fixation des parts[3]. Le règlement fait

[10] Civ. rej., 11 janvier 1865, Sir., 65, 1, 12.

[11] Civ. rej., 27 mars 1861, Sir., 61, 1, 515.

[1] Colmar, 18 juillet 1863, Sir., 66, 1, 207.

[2] Duranton, XVII, 433. Zachariæ, § 381, note 1re.

[3] Cpr. LL. 6, 76, 79, D. *pro soc.* (17. 2).

par l'arbitre ainsi choisi, ne peut être attaqué, s'il n'est évidemment contraire à l'équité[4]. Nulle réclamation n'est même recevable sous ce prétexte, si le règlement a reçu un commencement d'exécution de la part de l'associé qui se prétend lésé, ou s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis qu'il en a eu connaissance. Art. 1854.

2° Tout associé a droit de répéter, avec intérêts à dater du jour des paiements[5], toutes les sommes qu'il a déboursées pour le compte social, et de se faire indemniser des engagements qu'il a contractés dans l'intérêt commun[6], ainsi que des pertes qu'il a éprouvées par suite de risques inséparables de sa gestion[7]. Art. 1852.

Les droits indiqués sous les n[os] 1 et 2 ci-dessus s'exercent contre chacun des associés dans la proportion de sa part aux bénéfices ou aux pertes[8]. Si l'un ou l'autre des associés est insolvable, la part dont il se trouve tenu doit être contributoirement répartie entre tous les associés solvables et celui qui les poursuit[9].

3° Chaque associé peut, sans le consentement des autres, former, relativement à sa part, une société avec une tierce personne; mais il ne peut pas, sans ce consentement, associer un tiers à la

[4] Il n'est pas nécessaire, pour que le règlement doive être considéré comme contraire à l'équité, qu'il présente une lésion d'outre moitié. Cpr. art. 1674. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1854.

[5] Arg. art. 1859, n° 1, cbn. 2001. L. 67, D. *pro soc.* (17, 2). Delvincourt, sur l'art. 1852. Duranton, XVII, 411. Zachariæ, § 381, note 4. Cpr. Civ. cass., 21 juin 1819, Sir., 19, 1, 411.

[6] Un associé n'a cependant droit à une indemnité, à raison des dépenses qu'il a faites et des engagements qu'il a contractés, qu'autant qu'il a agi de bonne foi. Quoique l'art. 1852 n'exige formellement cette condition qu'à l'égard des engagements pris dans l'intérêt commun, il n'est pas douteux qu'elle ne soit également nécessaire pour les dépenses dont un associé réclame la bonification. Zachariæ, § 381, texte et note 5. Cpr. Paris, 3 janvier 1831. Sir. 32, 2, 394.

[7] Cpr. L. 52, § 4, L. 60, § 1, et L. 61, D. *pro soc.* (17, 2). Duranton, XVII, 413.

[8] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes *un associé à action contre la société*, dont se sert l'art. 1852, car les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales. Cpr. § 377, texte et note 16 ; L. 67, D. *pro soc.* (17, 2); Pothier, n° 132. Zachariæ, § 381, texte et note 3.

[9] Pothier et Zachariæ, *loc. cit.*

société[10], lors même qu'il en aurait l'administration. L'assentiment de la majorité ne ferait pas à cet égard loi pour la minorité[11]. Art. 1861.

Du principe posé dans l'art. 1861, il résulte que la femme, même commune en biens, ne saurait être considérée comme l'associée des associés de son mari[12].

Du reste, la disposition de l'art. 1861 ne s'oppose pas à ce qu'on puisse valablement stipuler que chaque associé sera autorisé à céder sa part d'intérêt sans le consentement des autres associés, et que par suite de cette cession, il sera dégagé de l'obligation de contribuer aux dettes sociales, même antérieurement contractées. Mais une pareille clause ne pourrait être opposée aux tiers envers lesquels le cédant se trouvait engagé comme associé, si elle n'avait pas été portée à leur connaissance[13].

§ 381 *bis*.

Des droits des associés et de leurs créanciers personnels sur le fonds commun.

Le droit de copropriété compétant à chacun des associés est restreint, non-seulement par celui de ses coassociés[1], mais encore par la destination à laquelle les objets communs sont affectés d'après le but de la société, ainsi que par la règle qui défend à l'un des associés de faire entrer un tiers dans la société sans le consentement des autres.

Il résulte de là qu'aucun des associés ne peut, avant la dissolution de la société, demander le partage des objets composant le fonds commun[2].

[10] Cpr. sur les différences qui existent entre l'hypothèse où un tiers a été associé à la société du consentement de tous les associés, et celle où il a été simplement associé à la part de l'un d'eux : LL. 19 à 23, D. *pro soc.* (17, 2); Duranton, XVII, 444.

[11] Besançon, 28 décembre 1842 et 23 avril 1845, Sir., 46, 2, 655.

[12] Req. rej., 13 novembre 1860, Sir., 61, 1, 884.

[13] Cpr. Paris, 18 janvier 1868, Sir., 69, 2, 105. Cet arrêt décide que la clause indiquée au texte est efficace au regard des tiers, sans même qu'il soit nécessaire qu'elle ait été portée à leur connaissance. Mais, sous ce rapport, la cour de Paris nous paraît avoir fait erreur.

[1] Cpr. à cet égard, § 221.

[2] Zachariæ, § 380, note 6 *in fine*, et § 384, note 16. Req. rej., 5 juillet 1825, Sir., 26, 1, 413.

Il en résulte encore que, bien que chaque associé ait le droit de disposer de sa part indivise, soit dans le fonds commun tout entier, soit dans quelques-uns des objets qui en dépendent, le tiers au profit duquel une pareille disposition aurait eu lieu ne pourrait cependant, ni s'immiscer dans l'administration des affaires sociales, ni provoquer, avant la dissolution de la société, le partage du fonds commun.

Il en résulte enfin que, si les créanciers personnels de l'un des associés sont autorisés à faire saisir et vendre, comme objet incorporel, la part d'intérêt de leur débiteur[3], l'adjudicataire de cette part ne pourra, pas plus qu'un cessionnaire, s'immiscer dans l'administration des affaires sociales, ni provoquer avant la dissolution de la société le partage du fonds commun.

Du reste, le cessionnaire ou l'adjudicataire de la part d'intérêt de l'un des associés serait autorisé, si ce dernier tombait dans une déconfiture complète, à demander la liquidation et le partage du fonds commun, en se prévalant de la dissolution de la société opérée par cet événement[4].

Les créanciers personnels de l'un des associés, bien qu'autorisés à saisir sa part d'intérêt comme telle, ne peuvent cependant mettre en vente sa part indivise dans les objets faisant partie du fonds commun avant le partage de ces objets. D'un autre côté, ils ne seraient pas admis, même après la dissolution de la société, à provoquer, par l'action *communi dividundo*, le partage isolé de ceux des objets dépendants de ce fonds, sur lesquels ils entendraient exercer leurs poursuites. L'acquéreur de la part indivise de l'un des associés dans un ou plusieurs objets déterminés faisant partie du fonds commun, ne pourrait pas davantage demander le partage isolé de ces objets. La seule action que les créanciers ou ayants cause de l'un des associés puissent intenter, soit en leur propre nom, soit du chef de ce dernier, est celle en

[3] Paris, 2 mai 1811, Sir., 14, 2, 213. Paris, 13 août 1834, Sir., 34, 2. 674. Alger, 12 juin 1866, Sir., 67, 2, 46.

[4] § 8. *Inst. de societ.* (3, 25). Art. 1865. Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9. Duranton, XVII, 445. Delangle, II, 659 à 661. Voy. en sens contraire : Pardessus, *Droit commercial*, II, 1065 et 1066 ; Troplong, II, 906 et 907. L'opinion de ces derniers auteurs est aussi contraire à l'esprit qu'à la lettre de l'art. 1865, qui dit que « la société *finit* par la déconfiture de l'un des associés. » Cpr. Paris, 3 juin 1825, Dalloz, 1826, 2, 118.

partage du fonds commun comme tel, ou, en d'autres termes, l'action en liquidation de la société [5].

Chaque associé a le droit de se servir, pour son usage personnel, des choses qui font partie du fonds social, soit quant à la propriété, soit quant à la jouissance seulement [6], pourvu qu'il ne les détourne pas de la destination à laquelle ils sont affectés d'après le but de la société, et qu'il n'empêche pas ses coassociés d'en user également suivant leur droit. Art. 1859, n° 2. L'associé qui se servirait des choses communes contrairement à leur destination ou aux droits de ses coassociés, pourrait, selon les circonstances, être condamné à des dommages-intérêts envers ces derniers. Celui qui puiserait, dans la caisse sociale, une somme d'argent, pour l'employer à son usage personnel [7], en devrait même, de plein droit, les intérêts légaux, à compter du jour où il l'en aurait tirée [8], sans préjudice à de plus amples dommages-intérêts, s'il y avait lieu. Art. 1846, al. 2 et 3 [9].

§ 382.

De l'administration des affaires sociales.

Les droits des associés, en ce qui concerne l'administration des affaires sociales, varient suivant qu'il existe un mandat exprès confié, pour cette administration, soit à un seul, soit à plusieurs des associés, ou qu'il n'existe pas de mandat de cette nature.

Dans la première hypothèse, le droit de gérer les affaires sociales n'appartient qu'aux associés administrateurs, tant que dure le mandat qui leur a été conféré.

Si ce mandat a été donné par une clause du contrat de société, il ne peut, à la différence d'un mandat ordinaire, être révoqué,

[5] Cpr. art. 2205 ; § 777.

[6] Ainsi, par exemple, un associé a le droit d'occuper une maison d'habitation appartenant à la société. Duranton, XVII, 414. Zachariæ, § 382, note 6.

[7] Un associé qui ne peut rendre compte de l'emploi d'une somme qu'il a tirée de la caisse sociale, doit, par cela même, être considéré comme l'ayant employée à son usage personnel. Zachariæ, § 382, note 7. Civ. rej., 23 mars 1813, Sir., 13, 1, 386.

[8] La Cour de Grenoble (4 mars 1826, Sir., 27, 2, 15) a étendu la disposition de l'art. 1846 aux loyers ou fermages dont l'un des associés serait débiteur envers la société.

[9] Cpr. sur cet article : § 380, texte n° 1, et notes 1 à 3.

sans cause légitime, pendant le temps pour lequel la société a été contractée. Et l'associé qui l'a reçu peut, malgré l'opposition des autres associés, faire tous les actes qui rentrent dans l'administration du fonds commun, pourvu d'ailleurs qu'il agisse sans fraude.

Si, au contraire, le pouvoir d'administrer a été donné par une convention postérieure au contrat de société, ce pouvoir est révocable comme un mandat ordinaire, sans que cependant l'un des associés puisse le révoquer individuellement, et contre le gré de la majorité [1]. D'un autre côté, chaque associé conserve, sous la réserve des droits de la majorité, la faculté de s'opposer aux actes que l'administrateur se proposerait de faire. Art. 1856, al. 2, et arg. *a contrario* al. 1er.

L'étendue des pouvoirs de l'associé administrateur et la nature des actes qu'il est autorisé à faire, se déterminent, à défaut de stipulation expresse dans la procuration qui lui a été donnée, d'après l'objet de la société et le but dans lequel elle a été contractée [2].

Lorsque plusieurs associés ont été chargés de l'administration des affaires communes, sans que leurs fonctions aient été déterminées (*non divisis officiis*), ils sont autorisés à faire, chacun séparément, tous les actes de cette administration, à moins qu'il n'ait été stipulé que l'un des administrateurs ne pourrait agir sans le concours des autres. Dans ce cas, aucun des administrateurs ne peut agir seul et en l'absence des autres, lors même que ceux-ci seraient dans l'impossibilité actuelle de concourir à l'administration [3]. Art. 1857 et 1858. Le refus mal fondé, de la part de

[1] Duvergier, n° 293. Delangle, I, 174. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 434 ; Troplong, II, 680.

[2] Ainsi, par exemple, l'associé gérant aura le pouvoir de vendre les objets mobiliers qui font partie du fonds social, si, d'après le but de la société, ils ont été destinés à être vendus. Il en sera autrement, si ces objets ont été mis en commun pour être loués ou employés à un autre usage. Ce serait à tort que l'on voudrait tirer de l'art. 1860 un argument *a contrario*, pour soutenir que l'associé chargé d'administrer peut, dans tous les cas, aliéner les meubles communs. Cpr. Duranton, XVII, 435 ; Zachariæ, § 382, note 2.

[3] Toutefois, s'il y avait urgence ou péril en la demeure, l'absence ou la maladie de l'un des associés chargés d'administrer, n'empêcherait pas les autres de faire valablement les actes que nécessiteraient les circonstances. La clause dont s'occupe l'art. 1858 doit être appliquée *civiliter*, c'est-à-dire, sauf modification dans les cas extraordinaires. Maleville, sur l'art. 1858. Duranton, XVII, 438.

l'un des administrateurs, de concourir à un acte d'administration, peut constituer une faute, qui, selon les circonstances, le rendra passible de dommages-intérêts[4].

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire, lorsqu'il n'existe pas de convention sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Art. 1859, al. 1.

Un associé ne peut cependant, en vertu de ce pouvoir présumé, et quel que soit d'ailleurs le but de la société, aliéner ni engager, sans le consentement des autres sociétaires, les objets même mobiliers dépendants du fonds commun[5]. Il ne peut pas davantage faire, sans ce consentement, d'innovations sur les immeubles sociaux, ni modifier l'objet de la société, quelque utilité qui doive, selon lui, résulter de ces changements[6]. Art. 1859, nº 4, et 1860.

D'un autre côté, chaque associé a la faculté de s'opposer aux opérations que ses associés auraient l'intention de faire, et d'en empêcher ainsi la consommation[7]. Art. 1859, al. 1er. Cependant, ce droit d'opposition est soumis au contrôle de la majorité, dont les résolutions lient la minorité[8], quand il ne s'agit que de la gestion des affaires sociales[9]. Une opposition évidemment mal fondée

[4] L'étendue de la responsabilité se détermine, en pareil cas, d'après le principe posé par l'art. 1992, et d'après les règles développées au § 413. Voy. cep. note 10 *infra*. Cpr. § 380, texte, nº 4 ; § 308, note 28.

[5] L'associé, chargé de l'administration par un mandat exprès, ne peut aliéner les objets mobiliers qui font partie du fonds commun, qu'autant que cette aliénation est conforme au but de la société. Cpr. note 2 *supra*. En accordant à l'associé qui n'agirait qu'en vertu d'un mandat présumé le pouvoir d'aliéner, sous la même restriction, des objets de cette nature, on ferait disparaître l'opposition que l'art. 1860 a voulu établir.

[6] Cpr. Toulouse, 30 mai 1828, Sir., 28, 2, 274 ; Civ. cass., 14 février 1853, Sir., 53, 1, 424 ; Orléans, 20 juillet 1853, Sir., 53, 2, 485.

[7] *In pari causa, melior est conditio prohibentis.* Zachariæ, § 382, note 5.

[8] Quand la majorité s'est prononcée, la maxime citée à la note précédente ne peut plus être invoquée par les associés opposants. Troplong, II, 721. Delangle, I, 129 à 132. Cpr. Civ. cass., 10 mars 1841, Sir., 41, 1, 357.

[9] Il en serait autrement, s'il s'agissait de modifier l'objet de la société, en étendant ou en restreignant le cercle des opérations en vue desquelles elle a été formée. Une pareille modification, touchant au pacte social même, ne pourrait avoir lieu sans le consentement de tous les associés. Civ. cass., 14 février 1853, Sir., 53, 1, 424. Orléans, 20 juillet 1853, Sir., 53, 2, 485. Civ. cass., 17 avril 1855, Sir., 55, 1, 652.

pourrait d'ailleurs, si elle avait empêché la conclusion d'une affaire avantageuse à la société, motiver une demande en dommages-intérêts contre l'associé opposant [10]. Que s'il y avait, de la part de l'un des associés, persistance à entraver, par une opposition systématique, la gestion des affaires sociales, les autres seraient autorisés à demander contre lui la dissolution de la société. Arg. art. 1871.

Enfin, chaque associé peut contraindre les autres à contribuer, dans la proportion de leurs mises, aux dépenses nécessaires pour la conservation des objets communs. Art. 1859, al. 3.

Du reste, le mandat, exprès ou tacite, donné pour l'administration des affaires sociales, cesse de plein droit par la dissolution de la société [11].

§ 383.

Des obligations des associés à l'égard des tiers. — Du concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels de chaque associé.

1° Les associés sont à considérer, quant à leurs engagements, envers les tiers, comme s'il n'existait entre eux aucun lien de société [1]. Leur qualité d'associés ne peut, ni leur être opposée par les tiers, ni être invoquée par eux contre ces derniers. Art. 1165. De là résultent les conséquences suivantes :

a. Les engagements pris par l'un des associés, en son nom personnel, ne donnent aux tiers qui ont traité avec lui, aucune action directe contre les autres associés, encore que le résultat de ces engagements ait tourné à leur profit [2].

[10] Arg. art. 1850 et 1992. Il semble cependant que la responsabilité de l'associé opposant doive, dans ce cas, être appréciée moins sévèrement que celle de l'administrateur qui, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1858, aurait, par son refus injuste de concourir à un acte d'administration, causé quelque préjudice à ses associés. Cpr. texte et note 4 *supra*; Duranton, XVII, 439 et 440.

[11] Civ. cass., 4 février 1852, Sir., 52, 1, 245.

[1] Ce principe reçoit exception dans les sociétés universelles, en ce qui concerne les dettes qui tombent dans la société. Cpr. 379. Zachariæ, § 383, texte et note 1.

[2] Les règles sur la *versio in rem* sont étrangères à cette hypothèse, où le tiers a suivi la foi de l'associé avec lequel il a traité, et contre lequel il jouit d'une action juridiquement efficace : c'est évidemment dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 1864. Nous ajouterons que, si l'associé a versé dans le fonds com-

b. Un associé ne peut, même en déclarant contracter pour le compte de la société, engager ses associés envers les tiers, si ce n'est en vertu et dans les limites du pouvoir, exprès ou présumé, qu'il a reçu ou qu'il est censé avoir reçu à cet effet. Art. 1862.

c. A moins de stipulations contraires, les engagements contractés par tous les associés ensemble, ou par l'un d'eux en vertu d'un pouvoir suffisant, lient chacun des associés pour une portion virile, et ne les lient que dans cette proportion [3], encore que leurs parts dans la société soient inégales [4]. Art. 1863, et arg. de cet article.

Du reste, si les associés ne sont pas liés par l'effet seul des conventions que l'un d'eux a passées sans mandat de leur part, fût-ce même au nom de la société, ils peuvent cependant, dans cette hypothèse, être recherchés par les tiers avec lesquels cet associé a traité, dans la mesure de l'avantage qu'il aura, par suite d'une pareille convention, procuré à la société [5]. Et, dans ce cas, l'action

mun ou employé à des opérations sociales, les valeurs qu'il a reçues du tiers créancier, ce sera toujours dans l'alternative suivante : Ou bien, il n'aura fait que remplir une obligation à laquelle il était soumis envers ses associés ; et alors on ne peut pas dire qu'il y ait eu *versio in rem*. Req. rej., 13 mai 1835, Sir., 35, 1, 854. Ou bien, l'emploi de ces valeurs l'aura constitué créancier de ses associés ; et, dans ce cas, le tiers jouira contre ces derniers de l'action indirecte ouverte par l'art. 1166, action dont l'effet restera cependant subordonné aux résultats de la liquidation de la société. Delvincourt, III, p. 225. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 250 et suiv. Troplong, II, 775 et suiv. Delangle, 1, 233. Civ. cass., 12 mars 1850, Sir., 50, 1, 257. Civ. cass., 16 février 1853, Sir., 53, 1, 209. Aix, 10 novembre 1854, Sir., 55, 2, 245. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Société, § 2 ; Duranton, XVII, 449 ; Duvergier, n° 404 ; Zachariæ, § 383, texte et notes 2 et 6. Cpr. aussi Req. rej., 18 mars 1824, Sir., 25, 1, 138.

[3] Si cependant l'obligation était indivisible, chacun des associés pourrait être poursuivi pour la totalité de la dette. Cpr. sur le principe énoncé dans le texte et sur cette exception : §§ 298 et 301. — Voy. aussi Code de commerce, art. 22.

[4] Duranton, XVII, 451. Zachariæ, § 383, texte et note 5. — Delvincourt (sur l'art. 1863) pense que le créancier pourrait, s'il le jugeait convenable, poursuivre chacun des associés dans la proportion de sa part sociale. Nous ne saurions partager cette opinion, qui est en opposition avec le principe général posé en tête du paragraphe, et suivant laquelle le créancier jouirait, en cas d'insolvabilité de l'un des associés, d'une faveur qu'il serait difficile de justifier.

[5] L'action dont s'agit étant une véritable action *negotiorum gestorum*, qui compète aux tiers créanciers en leur propre nom, les associés contre lesquels elle est dirigée, ne peuvent opposer en compensation les sommes que leur devrait l'associé avec lequel les tiers ont traité.

qui compète aux tiers contre les autres associés, leur est donnée au regard de chacun d'eux, non plus pour une part égale, mais dans la proportion de sa part d'intérêt[6].

2° Les créanciers des associés obligés en cette qualité, ne peuvent, comme tels, réclamer aucune préférence sur les objets composant le fonds commun, au préjudice des créanciers personnels de l'un des associés[7].

[6] L'action *negotiorum gestorum* n'étant donnée qu'en raison de l'avantage qu'une personne a retiré de la convention passée en son nom par un tiers dépourvu de mandat, on l'étendrait au delà de ses limites, si l'un ou l'autre des associés pouvait être recherché pour une somme supérieure au profit que la convention lui a procuré. Or, chaque associé n'en profite, en pareil cas, que dans la proportion de sa part d'intérêt. Duranton, XVII, 448 ; Zachariæ, § 383, texte et note 7. Req. rej., 18 mars 1824, Sir., 25, 1, 138.

[7] Nous n'entendons parler ici, ni des sociétés commerciales proprement dites, ni même des sociétés civiles exceptionnellement revêtues du caractère de personnes juridiques. Comme, dans de pareilles sociétés, la propriété du fonds commun repose sur la tête de l'être moral de la société, il est bien évident que les créanciers sociaux ont jusqu'à parfaite satisfaction, un droit exclusif de gage sur tout ce qui compose le patrimoine de cet être moral, leur débiteur. Mais, à moins d'admettre que les sociétés civiles ordinaires constituent également des personnes juridiques, on est forcé de reconnaître, en présence de l'art. 2093, que les créanciers des associés, comme tels, n'ont aucun droit de préférence sur leurs créanciers personnels. Chaque associé étant, même durant la société, copropriétaire actuel du fonds social, sa part dans ce fonds forme le gage commun de tous ses créanciers sans distinction, puisque aucun texte de loi n'autorise à accorder de privilége à ceux envers lesquels il se trouve obligé en sa qualité d'associé. Dans le système contraire, on arriverait à établir une véritable séparation de patrimoines, alors que cependant il n'existe pas de patrimoine social distinct des patrimoines des divers associés. En vain objecte-t-on que les divers associés n'ont rien à prétendre dans l'actif social, tant que le passif n'est pas entièrement couvert, et que les créanciers personnels de chaque associé ne peuvent avoir plus de droit que leur débiteur. Cette argumentation ne repose que sur une confusion évidente entre les rapports des associés entre eux, et les rapports des associés et des tiers. Il est vrai que l'associé, débiteur de ses coassociés, est tenu de précompter sur sa part dans l'actif, le montant des sommes par lui dues à ces derniers, et qu'il ne peut rien retirer de cet actif, tant qu'il n'est pas libéré envers eux. Mais ce principe, uniquement relatif aux dettes des associés les uns envers les autres, est complétement étranger à la question qui nous occupe, c'est-à-dire au règlement du concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels de l'un des associés, sur le solde actif qui lui reviendra par suite de la liquidation de la société, question qui doit se résoudre par application de l'art. 2093. C'est ce qui est admis sans difficulté en matière de succession. En effet, si les

Réciproquement, les créanciers personnels de l'un des associés, ne peuvent demander à être payés, sur ses biens propres, par préférence aux créanciers de la société[8].

§ 384.

Des différentes manières dont finit la société.

1° La société finit de plein droit[1], et par rapport à tous les associés :

a. Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Art. 1865, n° 1.

La prorogation conventionnelle d'une société contractée pour un temps limité, ne peut être prouvée que par les moyens à l'aide desquels il aurait été permis d'établir l'existence de la société elle-même[2]. Art. 1866.

créanciers personnels de l'un des héritiers soumis envers ses cohéritiers à une obligation de rapport, sont de plein droit primés par ces derniers sur les biens de la succession, ils n'en concourent pas moins, sur ces mêmes biens, avec les créanciers héréditaires ; et ce n'est que, par une demande en séparation de patrimoines, que ces derniers peuvent empêcher ce résultat. Or, comme une pareille séparation ne se comprend pas en matière de société, la règle posée par l'art. 2093 n'est, sous ce rapport, susceptible d'aucune modification. Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 6 et 7. Frémery, *Études de Droit commercial*, p. 32. Demangeat sur Bravard, *Traité de droit commercial*, I, p. 176, note 1. Zachariæ, § 383, texte et note 8. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 457 : Duvergier, n° 405 ; Troplong, II, 865 ; Paris, 10 décembre 1814, Sir., 15, 2, 79. Les deux premiers de ces auteurs, fondant exclusivement leur manière de voir sur cette idée que les sociétés, même purement civiles, constituent des personnes morales, nous nous bornerons à renvoyer au § 377 (texte et note 16), où nous croyons avoir suffisamment réfuté cette idée. M. Troplong présente des arguments d'un autre ordre, qui se résument dans l'objection que nous avons précédemment indiquée et combattue. Nous ajouterons que les textes de Droit romain qui lui servent de point de départ, n'ont réellement en vue que la garantie des intérêts respectifs des associés, et sont ainsi étrangers à la question.

[8] Civ. rej., 18 octobre 1814, Sir., 15, 1, 78.

[1] Merlin, *Quest.*, v° Société, § 9. Zachariæ, § 384, texte et note 1.

[2] Tel est le véritable sens de l'art. 1866, dont le but n'est pas d'exiger que la convention de prorogation soit rédigée dans la même forme que le contrat originaire, mais simplement de proscrire la preuve testimoniale relativement à la prorogation de société, dans le cas où cette preuve n'aurait pas été admissible pour prouver l'existence de la société elle-même. Ainsi, on peut prouver, au moyen d'un acte sous seing privé, et même par l'aveu de la partie, la prorogation

b. Par la consommation de l'affaire pour laquelle la société a été contractée[3]. Art. 1865, nº 2, et 1844.

c. Par la perte totale du fonds commun. Art. 1865, nº 2.

d. Par la perte totale de la chose qu'un des associés a mise en commun pour la jouissance seulement[4]. Art. 1867, al. 2. Cpr. art. 1851.

La perte par cas fortuit d'une chose formant, pour la propriété, l'objet de la mise de l'un des associés, entraîne la dissolution de la société, lorsqu'elle arrive avant que les associés en aient acquis la copropriété. Au contraire, la perte qui n'aurait lieu que postérieurement à cette époque, serait sans influence sur l'existence de la société[5]. Art. 1867, al. 1.

d'une société constatée par acte authentique. On peut même prouver par témoins la prorogation d'une société qui a été constatée par écrit, lorsque l'objet n'en dépasse pas la valeur de cent cinquante francs. Delvincourt, sur l'art. 1866. Duranton, XVII, 462. Zachariæ, § 384, texte et note 2. Civ. rej., 11 décembre 1825, Sir., 26, 1, 284. Civ. rej., 19 juillet 1852, Sir., 53, 1, 33.

[3] Cpr. Duranton, XVII, 461 ; Zachariæ, *loc. cit.* ; Bruxelles, 13 janvier 1810. Sir., 10, 2, 215.

[4] La raison en est que l'associé, en s'engageant à mettre en commun la jouissance d'une chose, promet une jouissance qui devra continuer pendant toute la durée de la société, et se trouve, du moment où cette chose vient à périr, dans l'impossibilité de remplir son engagement. Pothier, nº 141. Duranton, XVII, 466 et 467.

[5] La rédaction équivoque du premier alinéa de l'art. 1867 a donné lieu à des difficultés sur le véritable sens de la disposition qu'il renferme. Il nous paraît certain, d'une part, que les expressions *avant que la mise en soit effectuée*, ont été employées comme équivalentes des expressions *avant que la propriété en ait été apportée*, et, d'autre part, que le législateur, en se servant de cette dernière locution, n'a pas entendu déroger au principe général de la transmission de la propriété par le seul effet des conventions. Cpr. §§ 174 et 207. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 384, note 5. Nous hésitons d'autant moins à adopter cette manière de voir, qu'il résulte des observations du Tribunat (cpr. Locré, *Lég.*, XIV, p. 510, nº 10), qui ont amené la rédaction définitive de l'art. 1867, que l'on a simplement voulu indiquer les conséquences qu'entraîne, relativement à la dissolution de la société, la règle *Res perit domino*, et non fixer l'époque à laquelle la copropriété de la chose formant la mise de l'un des associés, devait être considérée comme acquise aux autres associés. D'après cette interprétation, le premier alinéa de l'art. 1867 ne devient applicable que dans les hypothèses où, par exception, la copropriété n'est pas transmise par le seul effet du contrat de société. C'est ce qui a lieu, par exemple : 1º lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun une chose dont il n'est point encore propriétaire, et

Lorsque la mise d'un associé comprend plusieurs choses, la perte de quelques-unes d'entre elles n'entraîne pas, de plein droit, la dissolution de la société ; mais elle peut, si la valeur des choses qui ont péri est d'une certaine importance en comparaison de la valeur de celles qui restent, motiver, selon les circonstances, une demande en dissolution de la société [6].

e. Par la mort de l'un des associés. Art. 1865, n° 3. Il importe peu, à cet égard, que la société ait été contractée pour une durée illimitée, ou pour un temps déterminé [7].

Il peut être convenu, par dérogation à la règle posée au n° 3 de l'art. 1865, que la société continuera avec les héritiers de l'associé qui viendrait à décéder ; et cette clause devrait recevoir son exécution malgré la minorité des héritiers [8].

On peut aussi convenir que la société continuera, à l'exclusion des héritiers de l'associé prémourant, entre les associés survivants. Dans ce cas, les héritiers de l'associé décédé n'ont droit qu'au partage du fonds commun dans l'état où il se trouvait au décès de leur auteur, et ne participent pas aux bénéfices faits ultérieurement par les associés survivants, à moins que ces bénéfices ne soient une

qui vient à périr avant que cet associé n'en ait acquis la propriété ; 2° lorsque la condition sous laquelle un des associés a promis d'apporter une chose dans la société, ne se réalise que postérieurement à la perte de cette chose; 3° lorsque la société a été contractée sous une condition, ou avec stipulation qu'elle ne commencerait qu'à une certaine époque, et que la chose promise par l'un des associés a péri avant cette époque ou avant l'accomplissement de la condition. Art. 1182. Cpr. en sens divers sur l'interprétation de l'art. 1867 : Toullier, VII, 458 ; Duranton, XVII, 467 ; Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 92; Delvincourt, III, p. 233; Duvergier, n°s 425 et suiv.; *Dissertation*, de M. Gougeon, *Revue bretonne*, I, p. 54, *Dissertation* de M. Etienne, *Revue étrangère*, VIII, p. 353; Troplong, II, 925 et suiv.

[6] Arg. art. 1601 et 1722. Cpr. L. 63, § *ult. D. pro. soc.* (17, 2). Maleville sur l'art. 1855, n° 2. Toullier, VII, 461. Delvincourt, sur l'art. 1867. Zachariæ, § 384, texte et note 7.

[7] Delvincourt, sur l'art. 1865. Zachariæ, § 384, note 8.

[8] Duranton, XVII, 473; Troplong, II, 954. Bordeaux, 29 juillet 1862, Sir., 63, 2, 31. Voy. en sens contraire : Duvergier, n° 440. Cpr. civ. cass., 10 novembre 1847, Sir., 48, 1, 5. — La clause par laquelle il a été stipulé qu'au décès de l'un des associés, il sera, de plein droit, remplacé par un de ses enfants dénommé, ne lierait pas ce dernier qui y serait resté étranger, alors même qu'il aurait accepté la succession de son père. Caen, 10 novembre 1857, Sir., 59, 2, 35.

suite nécessaire d'opérations entamées avant la mort de l'associé auquel ils succèdent. Art. 1868.

f. Par l'interdiction légale ou judiciaire[9], la déconfiture, ou la faillite[10] de l'un des associés. Art. 1865, nº 4.

La faillite de l'un des associés entraînant de plein droit la dissolution de la société, le concordat qu'obtiendrait cet associé, n'aurait pas pour conséquence de faire revivre la société[11]. Mais cette cause de dissolution ne reposant pas sur un motif d'ordre public, il est permis de stipuler que la société continuera malgré la faillite de l'un des associés[12].

2º Indépendamment des causes qui viennent d'être énumérées, et par suite desquelles la société finit de plein droit, celle-ci peut encore se dissoudre, suivant les circonstances, soit par la volonté seule de l'un des associés, soit par une demande en justice qu'il formerait à cet effet.

a. Chaque associé jouit de la faculté de faire cesser à toute époque la société, lorsque la durée n'en a pas été fixée par la convention, et ne se trouve pas limitée par la nature même de l'entreprise qui en forme l'objet[13]. Art. 1865, nº 5, et 1844. Sous ce rap-

[9] La nomination d'un conseil judiciaire à l'un des associés n'entraîne pas de plein droit, comme l'interdiction, la dissolution de la société. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 474; Zachariæ, § 384, note 10. — Mais elle peut, suivant les circonstances, autoriser une demande en dissolution. Art. 1871. Delvincourt, sur l'art. 1865, nº 4.

[10] Merlin, *Quest.*, vº Société, § 9. Duranton, XVII, 474. Zachariæ, § 384, note 11. Cpr. § 381 *bis*, texte et note 4.

[11] Paris, 5 janvier 1853, Sir., 54, 2, 341.

[12] Arg., art. 1868. Orléans, 29 août 1844, Sir., 54, 2, 341, à la note.

[13] Zachariæ, § 384, texte et note 5.— M. Duranton (XVII, 476) soutient que suivant l'art. 1865, nº 5, chaque associé a la faculté de demander la dissolution de la société, toutes les fois que le terme n'en a pas été expressément fixé par les parties, et notamment dans l'hypothèse où elle a été contractée, sans fixation de terme, pour une entreprise d'une durée même limitée. Il fonde son opinion sur un rapprochement qu'il établit entre les mots *société à terme*, et les expressions *terme convenu*, dont se sert l'art. 1871. Mais, en raisonnant ainsi, cet auteur oublie qu'un terme peut être fixé, non-seulement d'une manière expresse, mais encore d'une manière tacite ou présumée, et que, d'après la disposition de l'art. 1844, il en est ainsi notamment dans l'hypothèse ci-dessus rappelée. D'ailleurs, en opposant les sociétés qui sont censées contractées pour toute la vie des associés, à celles qui ont pour objet une affaire d'une durée limitée, l'art. 1844 ne rappelle la faculté mentionnée à l'art. 1869 que relativement

port, on doit considérer comme une société à durée illimitée, celle qui a pour objet des opérations dont le terme est indéfini, comme cela a lieu pour l'exploitation d'une mine[14].

Les parties ne peuvent pas, d'une manière absolue, s'interdire la faculté de demander la dissolution de la société contractée pour une durée illimitée[15]. Mais il leur est loisible de remplacer cette faculté par un moyen équivalent de sortir d'indivision, par exemple, en stipulant, pour chacun des associés, le droit de céder son intérêt à un tiers, qui entrerait dans la société en son lieu et place[16].

L'associé qui veut user de la faculté de faire cesser la société, doit notifier à tous ces associés[17] une renonciation, qui n'est efficace qu'autant qu'elle a lieu de bonne foi, et qu'elle n'est pas faite à contre-temps. La renonciation ne serait pas de bonne foi, si l'associé la faisait dans la vue de s'approprier à lui seul le profit que l'on s'était proposé de réaliser en commun. Elle serait faite à contre-temps, si, les choses n'étant plus entières, il importait aux autres associés que la dissolution de la société fût différée[18]. Art. 1869 et 1870.

b. Quant aux sociétés dont la durée est limitée, soit par une convention expresse, soit à raison de la nature de l'entreprise, les associés ne peuvent individuellement les faire cesser qu'au moyen d'une demande en dissolution, fondée, par exemple, sur ce qu'un ou plusieurs associés auraient manqué à leurs engagements[19], ou sur ce que des infirmités habituelles les rendraient inhabiles aux affaires de la société[20]. La légitimité et la gravité des motifs allégués à l'appui d'une pareille demande, sont abandonnés à l'appréciation du juge. Art. 1871.

aux sociétés de la première espèce, et indique nettement, par cela même, que cette faculté ne s'applique point aux autres.

[14] Civ. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 1113.

[15] Troplong, II, 973; Delangle, II, 667. Voy. cep. Lyon, 12 août 1828, Sir., 28, 2, 285; Civ. rej., 1er juin 1859, Sir., 61, 1, 113.

[16] Civ. rej., 6 décembre 1843, Sir., 44, 1, 22. Cpr. Troplong, II, 971.

[17] Si la renonciation n'était pas notifiée à tous les associés, ceux mêmes auxquels elle aurait été notifiée, pourraient la tenir pour non avenue. Mais l'associé qui l'aurait fait signifier, ne serait pas admis à la critiquer : il aurait libéré ses associés envers lui, sans se libérer envers eux. Cpr. L. 65, § 3, D. *pro soc.* (17, 2). Delvincourt, sur l'art. 1869; Duranton, XVII, 477.

[18] Cpr. L. 65, §§ 3, 4 et 5, D. *pro soc.* (17, 2).

[19] Cpr. Req. rej., 27 mars 1844, Sir., 45, 1, 212.

[20] On ne peut renoncer d'avance à la faculté de demander la dissolution de

§ 385.

Du partage du fonds social après la dissolution de la société.

Après la dissolution de la société, chaque associé a le droit de demander le partage du fonds social, provenant, soit des mises des associés, soit d'acquisitions ou de bénéfices faits en commun.

Pour établir la consistance du fonds social, les associés se rendent réciproquement raison de ce qu'ils peuvent se devoir d'après les règles exposées aux §§ 380 et 381.

D'un autre côté, chaque associé a le droit de reprendre en nature, avant tout partage, les objets qu'il n'avait mis en commun que pour la jouissance. Si ces objets ont péri ou ont été détériorés sans la faute des autres associés, celui qui les a apportés n'a droit à aucune indemnité [1]. Art. 1851, al. 1. Il en est cependant autrement, lorsqu'il s'agit, soit de choses dont on ne peut user sans les consommer naturellement ou civilement, soit de choses qui, d'après une convention expresse, ou d'après leur nature et le but de la société, étaient destinées à être vendues [2]. Dans ces deux cas, l'associé a droit au prélèvement de la valeur, au moment de la dissolution de la société, les choses qui ont péri, et à une indemnité à raison des détériorations qu'auraient subies celles qui existent encore. Art. 1851, al. 2. Du reste, les propositions qui précèdent, sont étrangères à l'hypothèse où des objets quelconques, mis en commun pour la jouissance seulement, ont été apportés sur estimation. Dans ce cas, l'associé qui les a apportés, a toujours

la société *ex justa causa*. L. 14, D. *pro soc.* (17, 2). Zachariæ, § 384, note 16 *in fine*.

[1] Il en est ainsi, quand même il s'agit de choses qui se détériorent peu à peu par l'usage auquel elles sont destinées. Cpr. art. 589. Voy. aussi la note suivante.

[2] Il ne faut pas confondre les choses qui se détériorent peu à peu par l'usage. et celles qui se détériorent en les gardant, indépendamment de tout usage qu'on en ferait. Ces dernières seules sont aux risques de la société, qui est censée avoir reçu la faculté d'en disposer, quoiqu'elles n'aient été apportées dans la société que pour la jouissance. Ces choses doivent donc être assimilées à celles qui ont été destinées à être vendues en vertu d'une convention expresse. Cette interprétation des termes *choses qui se détériorent en les gardant*, est la seule qui s'accorde avec les principes généraux, et qui mette en harmonie les deux premiers alinéas de l'art. 1851. Cpr. *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XIV, p. 498, n° 19); Delvincourt, III, p. 228; Zachariæ, § 385, note 3. Voy. en sens contraire : Duranton, XVII, 409.

droit au prélèvement du prix d'estimation, et ne peut jamais répéter que ce prix. Art. 1851.

La masse commune se partage, entre les associés, dans la proportion de leurs parts dans les bénéfices.

Les règles prescrites en matière de partage de successions, régissent également la forme, la validité, et les effets des partages de sociétés. Art. 1872.

On doit également y appliquer les dispositions des art. 887 et suiv. sur la rescision des partages de successions [3].

Mais on ne doit étendre aux partages de sociétés, ni la disposition de l'art. 841 sur le retrait successoral [4], ni la pénalité édictée par l'art. 792 [5].

Lorsque le partage du fonds social a été consommé sans opposition de la part des créanciers personnels de l'un des associés, il ne peut, comme le partage d'une succession, être attaqué pour cause de fraude, qu'à la condition par les créanciers de prouver l'existence d'un concert frauduleux arrêté entre tous les associés [6].

2. *Des contrats aléatoires.*

a. *Du jeu et du pari.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 1965-1967. Les dispositions de ces articles sont empruntées à l'ancienne jurisprudence, qui était fondée, en partie sur le Droit romain, et en partie sur différentes ordonnances royales. — Bibliographie. Pothier, *Traité du jeu*. Merlin, *Rép.*, v° Jeu. Troplong, *Des contrats aléatoires*; Paris, 1845, 1 vol. in-8. Pont, *Des petits contrats*, I, n°s 590 à 664.

§ 386.

Le contrat de jeu est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'engagent, en se livrant à un jeu, à payer, à

[3] La rédaction primitive de l'art. 1872 refusait aux associés l'action en rescision pour cause de lésion ; mais cette partie de l'article fut retranchée sur les observations du Tribunat. Voy. Locré, *Lég.*, XIV, p. 511, n° 11. Voy. aussi : *Exposé de motifs*, par Treilhard (Locré, *Lég.*, XIV, p. 527, n° 32).

[4] Cpr. § 359 *ter*, texte *in fine*, et note 44.

[5] Bravard, *Traité de droit commercial*, I, p. 477. Marcadé, *Revue critique*, 1852, II, p. 77. Angers, 22 mai 1851, Sir., 51, 2, 599. Toulouse, 2 juin 1862, Sir., 63, 2, 41. Civ. rej., 28 août 1865, Sir., 65, 1, 453.

[6] Cpr. § 313, texte n° 2, lett. *e*. Si l'on devait interpréter l'art. 882 en ce sens, que l'absence d'opposition au partage forme obstacle à ce qu'il puisse être attaqué, même pour cause de fraude concertée entre tous les héritiers, on se

celle d'entre elles qui gagnera, une somme d'argent ou quelque autre objet déterminé.

Le pari est une convention par laquelle deux personnes, qui sont d'un avis contraire sur un sujet quelconque, conviennent que celle dont l'opinion sera reconnue fondée, recevra de l'autre une somme d'argent, ou quelque autre objet déterminé.

Le jeu et le pari ne sont plus aujourd'hui, comme autrefois, prohibés par la loi. Les obligations résultant de ces conventions sont donc, en général [1], licites et valables en elles-mêmes. Aussi les paiements volontairement faits en vertu de pareilles obligations ne donnent-ils ouverture à aucune action en répétition. Art. 1967. Mais, par des motifs de moralité et d'utilité sociale, les rédacteurs du Code ont refusé au créancier le droit d'en poursuivre l'exécution par voie d'action, et les ont ainsi fait rentrer dans la classe des obligations naturelles [2]. Art. 1965.

1° *Des dettes de jeu ou de pari en général.*

On doit considérer comme dettes de jeu, non-seulement celles qui résultent directement d'une convention de jeu ou de pari, mais encore les engagements pris envers un mandataire, qui sciemment s'est rendu l'intermédiaire d'opérations de jeu [3], ainsi que

trouverait amené à examiner la question de savoir si la disposition de cet article est susceptible d'être étendue aux partages de sociétés; et la solution négative de la question ainsi posée nous paraîtrait préférable. Voy. en ce sens : Duvergier, n° 475; Troplong, II, 1061; Delangle, II, 706; Zachariæ, § 385, texte et note 9; Req. rej., 20 novembre 1834, Sir., 35, 1, 131; Req. rej., 6 juillet 1866, Sir., 66, 1, 361. Voy. en sens contraire : Paris, 13 juin 1807, Sir., 7, 2, 719.

[1] Il en est cependant autrement des paris sur la hausse ou la baisse des effets publics. Code pénal, art. 421 et 422. Cpr. texte n° 2, *infra.*

[2] Suivant MM. Pillette (*Revue pratique,* 1863, XV, p. 441) et Pont (I, 603), l'obligation naissant du jeu ou du pari serait, comme découlant d'un contrat civil, une obligation civile. Mais il est élémentaire qu'une obligation destituée d'action ne peut être qu'une obligation naturelle. La question, au surplus, ne présente aucun intérêt pratique. Ces auteurs, en effet, reconnaissent eux-mêmes qu'une dette de jeu n'est pas susceptible d'être convertie, par voie de novation, en une obligation dont l'exécution puisse être poursuivie en justice, et arrivent ainsi aux mêmes conséquences que nous. Voy. texte et note 9 *infra.*

[3] Troplong, n°s 73 et 74. Taulier, VI, p. 495. Pont, *Revue de législation,* 1845, I, p. 535; *Revue critique,* 1852, II, p. 10; et *Petits contrats,* I, 650. Civ. cass., 25 février 1845, Sir., 45, 1, 161. Bordeaux, 3 février 1849, Sir., 49. 2, 693. Paris, 16 juillet 1851, Sir., 51, 2, 512. Paris, 31 juillet 1852, Sir., 52, 2, 690. Bordeaux, 15 juin 1857, Sir., 57, 2, 733.

les obligations résultant d'avances faites, dans le cours d'une partie liée entre plusieurs personnes, par l'un des joueurs à l'autre [4].

Au contraire, le caractère de dettes de jeu ne saurait être attribué, ni aux obligations contractées, envers celui qui, sans avoir servi d'intermédiaire dans une opération de jeu, a reçu et exécuté le mandat d'en régler la perte [5], ni aux emprunts faits pour jouer, lorsque le prêteur est resté étranger au jeu [6], ni même aux engagements résultant de prêts faits, après le jeu, par l'un des joueurs à l'autre, pour lui donner les moyens de solder ce qu'il a perdu envers un troisième [7].

A la différence de ce qui a lieu pour les dettes de jeu, l'exécution des obligations et engagements dont il vient d'être parlé, peut être poursuivie en justice par voie d'action.

La loi refusant, en général, toute action pour le paiement d'une dette de jeu ou de pari, on doit en conclure qu'une dette de cette nature ne peut, ni être opposée en compensation [8], ni même être convertie, par voie de novation ou de transaction, en une obligation civilement efficace [9].

Mais il n'en résulte pas que le juge puisse, du moins en général, suppléer d'office l'exception accordée par l'art. 1965 [10].

[4] *Mutuum colludenti factum non valet.* Troplong, n° 67. Pont, I, 647. Taulier, VI, p. 494. Pillette, *Revue pratique*, 1863, XV, p. 444.

[5] Troplong, n° 71. Pont, *Revue de législation*, 1845, I, p. 535; et *Petits contrats*, I, 650. Taulier, VI, p. 495. Ballot, *Revue de droit français et étranger*, 1849, VI, p. 309. — Le tiers qui, sans mandat, aurait acquitté une dette de jeu, ne jouirait pas contre le perdant de l'action *negotiorum gestorum*. Troplong, n° 72. Pont, I, 649. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 753.

[6] Troplong, n° 66. Pont, I, 649. Taulier et Pillette, *locc. citt.* Colmar, 20 janvier 1841, Sir., 42, 2, 492. Cpr. Civ. cass., 15 novembre 1864, Sir., 65, 1, 77.

[7] Pont, I, 648. Taulier et Pillette, *locc. citt.*

[8] Voy. § 326, texte et note 11. Pont, I, 643.

[9] Si une obligation naturelle peut, en général, être convertie, par voie de novation, en une obligation civilement efficace, il ne saurait en être ainsi des dettes de jeu ou de pari, puisque l'esprit et la lettre de l'art. 1965 repoussent toute action en paiement d'un engagement dont la cause première se trouve dans une convention de jeu ou de pari. Maleville, sur l'art. 1965. Duranton, XVIII, 107. Troplong, n°s 61 et 196. Pont, I, 645. Pillette, *op. cit.*, XV, p. 448. Zachariæ, § 386, note 10. Rouen, 14 juillet 1854, Sir., 55, 2, 169. Voy. aussi les arrêts cités à la note 19 *infra*.

[10] Pont, I, 636. Cpr. Civ. rej., 19 juin 1855, Sir., 56, 2, 161. Cet arrêt n'est pas contraire à notre manière de voir : dans l'espèce sur laquelle il a

Le souscripteur d'un billet ayant en réalité pour cause une dette de jeu, conserve, malgré l'indication d'une autre cause civilement efficace, l'exception péremptoire résultant de l'art. 1965. Il peut même réclamer, par voie d'action, la restitution du billet qu'il a souscrit[11].

Quant à la question de savoir si le souscripteur d'un pareil billet peut opposer l'exception de jeu à un cessionnaire de bonne foi, elle doit se résoudre par la négative, lorsqu'il s'agit d'un billet à ordre[12], et par l'affirmative, dans l'hypothèse contraire[13]. Au premier cas, le souscripteur, obligé de payer le tiers porteur de bonne foi, jouirait cependant d'un recours en indemnité contre le bénéficiaire du billet[14].

Du reste, le débiteur d'une dette de jeu, qui a souscrit un acte d'obligation énonçant une cause civilement efficace, est admis à prouver, par témoins et à l'aide de simples présomptions, la cause réelle de l'obligation[15].

Par exception au principe général posé dans l'art. 1965, la loi permet de poursuivre, par voie d'action, le paiement des sommes

statué, il se présentait des motifs d'ordre public qui pouvaient autoriser les juges à admettre d'office l'exception de jeu.— La règle posée au texte cesse, du reste, de recevoir application en matière de jeu ou de pari sur le cours des effets publics. Amiens, 14 janvier 1859, Sir., 59, 2, 232. Cpr. Civ. cass., 15 novembre 1864, Sir., 65, 1, 77.

[11] Rouen, 14 juillet 1854, Sir., 55, 2, 170. Lyon, 11 mars 1856, Sir., 57, 2, 525.

[12] Voy. en ce sens : les autorités citées à la note 57 du § 359 *bis*, et les arrêts indiqués à la note 14 *infra*.

[13] C'est ce qui a déjà été établi et développé au § 359 *bis*, texte n° 5, et notes 50 à 52.— Voy. sur le point de savoir si le débiteur cédé peut encore faire valoir l'exception de jeu, après avoir purement et simplement accepté la cession : § 359 *bis*, texte n° 5, et notes 53 à 55.

[14] Pont, I, 642. Civ. cass., 12 avril 1854, Sir., 54, 1, 313. Civ. rej., 6 décembre 1854, Sir., 54, 1, 763. Paris, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 88.

[15] Arg. art. 1353. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, XV, p. 174. Merlin, *Rép.*, v° Jeu, n° 4. Maleville, sur l'art. 1965. Duranton, X, 370; XIII, 332; XVIII, 107. Troplong, n° 64. Pillette, *op. cit.*, XV, p. 443 et 462. Pont, I, 639. Req. rej., 20 décembre 1814, Sir., 16, 1, 212. Limoges, 2 juin 1819, Sir., 21, 2, 17. Lyon, 21 décembre 1822, Sir., 23, 2, 103. Grenoble, 6 décembre 1823, Sir., 24, 2, 319. Limoges, 8 janvier 1824, Sir., 24, 2, 228. Req. rej., 30 novembre 1826, Sir., 27, 1, 66. Req. rej., 4 novembre 1857, Dalloz, 1857, 1, 441.

dues par suite de jeux propres à exercer au fait des armes, ou à développer la force, l'adresse et l'agilité du corps[16]. Néanmoins, lorsque la somme engagée paraît excessive, eu égard à la nature du jeu et à la condition des parties, les tribunaux sont autorisés à rejeter de pareilles réclamations, que, du reste, ils n'ont pas le pouvoir de réduire[17]. Art. 1966.

Si le perdant ne peut être civilement contraint au paiement des sommes qu'il a perdues, la loi lui refuse, à l'inverse, toute action en répétition de ce qu'il a volontairement payé. Art. 1967.

On doit considérer comme paiement dans le sens de cet article, non-seulement la remise même des sommes ou des objets engagés, mais encore la dation en paiement de meubles, d'immeubles, ou de créances sur des tiers[18].

Au contraire, la souscription, par le perdant au profit du gagnant, de billets même à ordre, n'équivaut pas à un paiement qui rentre sous l'application de l'art. 1967[19].

[16] Le jeu de billard ne doit pas être rangé parmi les jeux de cette nature. Duranton, XVIII, 110. Troplong, n° 57. Pillette, *Revue pratique*, XV, p. 223. Zachariæ, § 386, note 7. Poitiers, 4 mai 1810, Sir., 10, 2, 367. Grenoble, 6 décembre 1823, Sir., 24, 2, 319. Montpellier, 8 juillet 1828, Sir., 29, 2, 106. Angers, 13 août 1831, Sir., 32, 2, 270. Voy. en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, III, 558; Pont, I, 609. — A plus forte raison en est-il de même du jeu d'échecs. Pillette, *op. cit.*, p. 222. Pont, I, 610. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 50.

[17] Lorsque la somme engagée n'est pas simplement destinée à exciter l'émulation des joueurs, et que l'espérance du gain de cette somme forma en réalité le but final du contrat, les juges doivent refuser l'action pour le tout, puisqu'on ne se trouve plus alors dans l'hypothèse exceptionnelle telle qu'elle est prévue par l'art. 1966. *Exposé de motifs*, par Portalis, et *Rapport au Tribunat*, par Siméon (Locré, *Lég.*, XV, p. 174, n° 8, p. 187, n° 57). Maleville, sur l'art. 1966. Favard, *Rép.*, v° Contrat aléatoire, § 2. Duranton, XVIII, 111. Troplong, n° 51. Pont, I, 619. Zachariæ, § 386, note 8.

[18] Pont, I, 654 et 655. Req. rej., 25 janvier 1827, Sir., 27, 1, 122. Req. rej., 7 juillet 1869, Sir., 69, 1, 461. Cpr. Req. rej., 17 juillet 1828, Sir., 29, 1, 74; Paris, 27 juin 1867, Sir., 68, 2, 229.

[19] Duranton, XVIII, 116. Pont, I, 656. Req. rej., 29 décembre 1814, Sir., 16, 1, 212. Req. rej., 30 novembre 1826, Sir., 27, 1, 66. Angers, 13 août 1831, Sir., 32, 2, 270. Req. rej., 12 janvier 1842, Sir., 42, 1, 438. Civ. cass., 12 avril 1854, Sir., 54, 1, 313. Civ. rej., 4 décembre 1854, Sir., 54, 1, 763. Lyon, 11 mars 1856, Sir., 57, 2, 525. Paris, 25 novembre 1858, Sir., 59, 2, 88. Angers, 24 août 1865, Sir., 67, 2, 86. Voy. aussi les autorités citées à la note 9 *supra*.

Lorsque les enjeux ont été mis sur table, ou confiés à un tiers, ce dépôt constitue un paiement anticipé, fait sous condition ; et le gain de la partie attribue définitivement au gagnant, la propriété de l'enjeu du perdant. Le gagnant aurait, pour réclamer cet enjeu, une action en restitution contre le perdant qui le retirerait après la partie, ou contre le tiers dépositaire qui refuserait de lui remettre [20].

Mais la remise de valeurs quelconques, faite par le joueur à titre de nantissement seulement, n'équivaut pas à un paiement anticipé, et ne constitue qu'une convention accessoire, qui n'a pas plus d'efficacité civile que la convention principale dont elle est destinée à garantir l'exécution [21].

Le paiement d'une dette de jeu reste, d'ailleurs, sujet à répétition, lorsqu'il y a eu, de la part du gagnant, dol, supercherie, ou escroquerie, comme aussi lorsque ce paiement a été fait par une personne dépourvue de la capacité nécessaire. Art. 1967 et 1238.

Ainsi, les mineurs et les interdits peuvent répéter les sommes qu'ils ont payées pour dettes de jeu [22]. Ainsi encore, la femme mariée qui a acquitté une dette de jeu sans le consentement de son mari, est en droit de répéter ce qu'elle a payé [23], sauf cependant dans le cas où cette dette elle-même a été contractée avec l'autorisation de ce dernier [24].

2° *Des marchés à terme dégénérant en opérations de jeu.*

On entend par marché à terme ou à livrer (*hoc sensu*), les ventes faites à prix ferme, de marchandises, ou de valeurs quelconques, sujettes à de fréquentes fluctuations de cours, et dont la livraison ne doit avoir lieu qu'après un certain temps.

[20] En refusant toute action pour dette de jeu, la loi a eu en vue le jeu sur parole, les promesses faites pour cause de jeu. L'art. 1965 est inapplicable à l'hypothèse indiquée au texte, qui rentre, au contraire, sous l'application de l'art. 1967. Le gagnant qui réclame la remise de l'enjeu, n'exerce plus une action pour dette de jeu, et fait simplement valoir un droit de propriété. Duranton, XVIII, 116. Pillette, *op. cit.*, XV, 464. Pont, I, 657 et 658. Voy. en sens contraire : Troplong, n°s 201 et 202 ; Taulier, VI, p. 495 et 496.

[21] Cpr. sur cette proposition et les modifications dont elle est susceptible, texte n° 2 *in fine* et notes 34 et 35 *infra*.

[22] Duranton, XVIII, 117 et suiv. Troplong, n° 149. Pont, I, 660.

[23] Pont, *loc. cit.* Civ. rej., 30 décembre 1862, Sir., 63, 1, 257. Limoges, 12 décembre 1868, Sir., 69, 2, 104.

[24] Req. rej., 20 novembre 1865, Sir., 66, 1, 14.

Malgré l'élément aléatoire que contiennent de pareilles conventions, elles n'en sont pas moins civilement obligatoires, en ce sens que chacun des contractants jouit d'une action pour en réclamer l'exécution. Il en est ainsi, alors même qu'elles portent sur des effets publics[25].

Au contraire, les marchés à terme dégénèrent en véritables opérations de jeu ou de pari, et tombent sous l'application des art. 1965 et 1967, lorsque, d'après l'intention des parties contractantes, ils ne doivent pas être suivis d'exécution réelle, mais se résoudre en un simple paiement de la différence entre le prix convenu et le cours des choses qui en forment l'objet, à l'époque fixée pour la livraison[26].

Il appartient au juge de constater souverainement quelle a été la véritable intention des contractants, en la recherchant dans l'ensemble des faits de la cause, et notamment en examinant si, eu égard à l'importance des opérations, il était au pouvoir des parties d'exécuter réellement le marché, l'une par la livraison, et l'autre par le paiement.

La seule circonstance que des marchés à terme, sérieux dans leur formation, auraient été liquidés au moyen du paiement de différences, ne leur imprimerait pas le caractère de jeu[27].

Une jurisprudence constante applique les dispositions des art. 1965 et 1967 aux opérations de jeu sur effets publics, tout

[25] Les anciens arrêts du Conseil, qui réputaient fictifs tous marchés à terme d'effets publics, ont été abrogés et remplacés par les art. 421 et 422 du Code pénal, dont il résulte que les marchés de cette nature ne constituent pas toujours et nécessairement des opérations de jeu. Mollot, *Des bourses de commerce*, n°s 450 et suiv. Frémery, *Études de droit commercial*, chap. 45. Vincens, *Législation commerciale*, liv. VI, chap. 5. Troplong, n°s 102 et suiv. Pillette, *op. cit.*, XV, p. 243 et suiv. Pont, I, 626 à 633. Paris, 29 mars 1832, Sir., 32, 2, 293. Paris, 9 juin 1836, Sir., 37, 2, 85. Req. rej., 30 novembre 1842, Sir., 43, 1, 897.

[26] Troplong, n°s 99 et suiv. Paris, 9 août 1823, Sir., 23, 2, 262. Civ. rej., 4 et 11 août 1824, Sir., 24, 1, 409 et 414. Bordeaux, 28 août 1826, Sir., 27, 2, 33. Bordeaux, 29 août 1828, Sir., 29, 2, 70. Paris, 26 mars 1832, Sir., 32, 2, 293. Paris, 11 juin 1834, Dalloz, 1834, 2, 228. Paris, 9 juin 1836, Sir., 37, 2, 85. Req. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 753. Req. rej., 30 novembre 1842, Sir., 43, 1, 897. Paris, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 145. Req. rej., 1er avril 1856, Sir., 57, 1, 192. Bordeaux, 15 juin 1857, Sir., 57, 2, 733. Bordeaux, 25 août 1858, Sir., 59, 2, 81.

[27] Civ. rej., 26 août 1868, Sir., 69, 1, 20.

aussi bien qu'aux marchés à terme fictifs sur toutes autres valeurs [28].

Cette jurisprudence nous paraît contestable en bonne théorie. Les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics, étant prohibés par les art. 421 et 422 du Code pénal, ne peuvent produire aucun effet, et n'engendrent pas même d'obligation naturelle. De pareilles opérations tombent, bien moins sous l'application des art. 1965 et 1967, qui supposent des conventions de jeux licites, que sous celle des art. 1131 et 1133. Mais au point de vue pratique, la question ne présente pas d'intérêt sérieux, puisque les art. 1965 et 1967 étant même écartés, le gagnant n'en serait pas moins destitué de toute action d'après les art. 1131 et 1133, et que l'action en répétition formée par le perdant devrait toujours être rejetée en vertu de la maxime *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* [29].

Les mêmes observations s'appliquent aux marchés à terme fictifs, sur des valeurs industrielles dont la négociation est défendue par la loi du 15 juillet 1845 [30].

Les tiers (banquiers, commissionnaires, agents de change) qui ont sciemment servi d'intermédiaires dans des marchés à terme présentant le caractère de jeu, n'ont aucune action pour demander le remboursement des avances qu'ils ont faites, ou pour se faire indemniser des engagements qu'ils ont contractés en exécution du mandat à eux confié [31].

Il en serait ainsi, dans le cas même où les marchés passés par de pareils intermédiaires, pour l'exécution des ordres à eux don-

[28] Voy. pour l'application de l'art. 1965, les arrêts cités à la note 26 *supra*. Voy. pour l'application de l'art. 1967 les arrêts ci-après : Paris, 26 août 1825, Sir., 28, 2, 33; Req. rej., 25 janvier 1827, Sir., 27, 1, 122; Paris, 16 juillet 1851, Sir., 51, 2, 512; Req. rej., 27 janvier 1852, Sir., 54, 1, 140; Paris, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 81; Req. rej., 2 août 1859, Sir., 59, 1, 817; Civ. rej., 24 juillet 1866, Sir., 67, 1, 24; Paris, 19 janvier 1867, Sir., 67, 2, 87; Paris, 27 juin 1867, Sir., 68, 2, 229.

[29] Pont, I, 627 et 663. Paris, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 819. Req. rej., 2 août 1859, Sir., 59, 1, 817.

[30] Civ. rej., 19 mai 1855, Sir., 56, 1, 162.

[31] Paris, 9 août 1823, Sir., 23, 2, 262. Civ. rej., 4 août 1824, Sir., 24, 1, 409. Civ. cass., 25 février 1845, Sir., 45, 1, 161. Bordeaux, 3 février 1848, Sir., 49, 2, 693. Paris, 16 juillet 1851, Sir., 51, 2, 512. Paris, 31 juillet 1852, Sir., 52, 2, 690. Paris, 27 juin 1867, Sir., 68, 2, 229.

nés, auraient été de leur part conclus d'une manière sérieuse, et suivis de livraisons ou de paiements réels[32].

Mais, si le mandataire chargé d'acheter ou de vendre des marchandises ou des valeurs quelconques, et même des effets publics, a pu et a dû croire à des opérations sérieuses de la part du mandant, il est autorisé à demander le remboursement de ses avances, bien que les opérations dans lesquelles il a servi d'intermédiaire, aient été réglées au moyen du paiement de simples différences[33].

La remise entre les mains d'un agent de change, ou de tout autre intermédiaire, de titres destinés à lui servir de couverture dans des opérations de jeu, ne constitue qu'un nantissement, et ne l'autorise pas, par elle-même, en l'absence de pouvoir spécial donné à cet effet, de réaliser ces titres pour en appliquer le produit au règlement des pertes[34]. Le commettant, resté propriétaire de ces titres, est donc autorisé à en réclamer la restitution. Toutefois, cette action en restitution ne serait plus recevable, si le perdant avait ultérieurement consenti à la vente des titres remis en couverture et à leur application au règlement des pertes, ou s'il en avait approuvé la réalisation, en en laissant porter le produit au crédit de son compte[35].

b. *Du contrat de rente viagère.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1968-1983. Les dispositions de ces articles sont puisées dans l'ancienne jurisprudence. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du contrat de constitution de rente*, par Pothier. *Des contrats aléatoires*, par Troplong ; Paris, 1845 ; 1 vol. in-8. Pont, *Des petits contrats*, I, n°s 665 à 790.

§ 387.

Notion des rentes viagères.

Une rente, en général, est une créance dont le créancier ne peut exiger le remboursement, mais à raison de laquelle il lui est dû

[32] Req. rej., 27 juillet 1869, Sir., 69, 1, 448.

[33] Req. rej., 6 mars 1834, Sir., 34, 1, 180.

[34] Pont, I, 655. Paris, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 145. Bordeaux, 15 juin 1857, Sir., 57, 2, 533. Bordeaux, 25 août 1858, Sir., 59, 2, 88. Paris, 29 novembre 1858, Sir., 59, 2, 81. Paris, 19 novembre 1864, Sir., 64, 2, 281. Paris, 13 juin 1868, Sir., 68, 2, 208. Voy. cep. Paris, 5 novembre 1849, Sir., 50, 2, 661.

[35] Paris, 26 mars 1832, Sir., 32, 2, 431. Req. rej., 2 août 1859, Sir., 59, 1, 817. Civ. rej., 24 juillet 1866, Sir., 67, 1, 24. Paris, 19 janvier 1867, Sir., 67, 2, 87.

des prestations annuelles, en argent ou en denrées. Ces prestations se nomment arrérages. Art. 1909.

Les rentes viagères, ainsi appelées par opposition aux rentes perpétuelles, sont celles dont la durée est restreinte à la vie du créancier ou d'une autre personne. Art. 1910.

§ 388.

De la constitution des rentes viagères.

Une rente viagère peut être constituée, soit à titre gratuit, par donation entre-vifs ou par testament, soit à titre onéreux.

Lorsqu'une rente viagère est constituée par une disposition à titre gratuit, cette disposition est soumise, à tous égards, aux règles prescrites pour les donations entre-vifs et les actes de dernière volonté [1]. Art. 1969 et 1970.

La rente viagère peut être constituée à titre onéreux, soit moyennant la translation de la propriété d'un objet mobilier ou immobilier, soit en retour de l'abandon d'une somme d'argent. Art. 1968. Au premier cas, la convention est un contrat parfaitement synallagmatique, qui, sauf les modifications résultant de sa nature aléatoire [2], est régi par les principes de la vente. Au second cas, la convention est une véritable constitution de rente, et rentre dans la classe des contrats imparfaitement synallagmatiques [3].

Si le prix d'une rente viagère est fourni par un tiers, la libéralité que celui-ci exerce par ce moyen envers la personne au profit de laquelle la rente se constitue, est régie, quant à sa validité intrinsèque et à ses effets, par les règles générales sur les dispositions à titre gratuit [4]. Mais l'acte de constitution de rente n'est pas,

[1] Voy. cep. la disposition spéciale de l'art. 917.

[2] C'est à raison de la nature aléatoire du contrat de rente viagère, que l'action en résolution, pour défaut de paiement des arrérages, et l'action en rescision, pour cause de lésion, ne sont pas recevables contre une vente faite moyennant une rente viagère. Art. 1978. Pont, I, 678. Cpr. § 358, notes 7 à 12.

[3] D'après M. Pont (I, 677 et 678), la constitution de rente devrait, comme tout prêt de consommation, être rangée parmi les contrats unilatéraux. Voy. pour la réfutation de cette opinion, la note 1re du § 394.

[4] Ainsi, elle est nulle, lorsqu'elle est faite au profit d'une personne incapable de recevoir à titre gratuit. Elle est réductible au taux de la quotité disponible, lorsqu'elle est faite par une personne qui laisse des héritiers à réserve. Pont, I, 697.

quant à sa validité extrinsèque, soumis aux formalités requises pour les donations entre-vifs[5]. Art. 1973.

Une rente viagère peut être constituée, soit sur la tête de celui qui en fournit le prix, ou de celui qui en doit jouir, soit sur la tête d'une tierce personne, qui ne doit y acquérir aucun droit, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir son consentement à cet effet[6]. Art. 1971. Elle peut même être établie sur la tête du débiteur[7]. Il est également permis de l'établir sur plusieurs têtes. Art. 1972.

Une rente viagère peut être créée au profit d'une seule personne ou de plusieurs, appelées à en jouir, soit conjointement, soit successivement[8].

Le contrat de rente viagère est à considérer comme non avenu, lorsque la rente a été constituée sur la tête d'une personne qui n'était plus en vie au jour où il a été conclu. Art. 1974. Il en est de même dans le cas où la rente a été créée sur la tête d'une personne qui était déjà atteinte, au moment du contrat, d'une maladie des suites de laquelle elle est morte dans les vingt jours de la date de ce contrat. Art. 1975. Dans ce dernier cas, le contrat resterait sans effet, lors même que les parties auraient eu connaissance de la maladie[9], ou qu'elles auraient ma-

[5] Ainsi, elle peut être faite par acte sous seing privé ; et elle n'est pas assujettie à une acceptation expresse. Duranton, XVIII, 140. Pont, I, 696. La raison en est que, dans l'hypothèse dont il s'agit, le contrat de constitution de rente est à titre onéreux entre les parties principales, c'est-à-dire entre le constituant et celui qui fournit le prix de la rente, et que la libéralité faite au profit du tiers auquel la rente doit être servie, n'est qu'une stipulation accessoire. Art. 1121. — L'annulation, la révocation, ou la réduction de cette libéralité, n'influerait en aucune manière sur l'efficacité du contrat, qui devrait être exécuté au profit de celui qui a fourni le prix de la rente, ou de ses héritiers. Pont, I, 697.

[6] Pont, I, 687. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 388, note 4.

[7] Duranton, XVIII, 130. Troplong, n° 241. Pont, I, 689.

[8] Duranton, XVIII, 135. Cpr. § 390, texte et note 2.

[9] Toullier, VI, 47. Delvincourt, sur l'art. 1975. Zachariæ, § 388, note 6. Voy. cep. Pont, I, 719. D'après cet auteur, le contrat pourrait valoir dans ce cas, sinon comme convention aléatoire et à titre onéreux, du moins comme donation déguisée, faite sous la condition casuelle de la mort, dans les vingt jours, de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée. Nous ne saurions admettre cette manière de voir : l'intention d'exercer un acte de libéralité ne résulte nullement, à notre avis, de la circonstance que l'état de maladie de celui sur la tête duquel la rente est constituée, aurait été connu du crédirentier.

nifesté l'intention de déroger à cet égard aux dispositions de la loi [10].

Il importe peu, pour l'application des art. 1974 et 1975, que la rente ait été constituée sur la tête du crédi-rentier lui-même, ou sur celle de toute autre personne [11].

Que si la rente avait été constituée sur la tête de plusieurs personnes, le décès de l'une d'elles seulement, dès avant la conclusion du contrat, ou dans les vingt jours qui l'ont suivie, ne suffirait pas pour faire considérer ce contrat comme non avenu, alors du moins que la rente devait, malgré cet événement, continuer à être servie dans son intégralité [12]. Il en serait autrement, si par suite du décès

[10] Dans ce cas même, le contrat devrait, d'après l'esprit de la loi, être considéré comme étant dépourvu de cause réelle et suffisante. Zachariæ, § 388, note 8. Req. rej., 15 juillet 1824, Sir., 25, 1, 46. Voy. cep. Pont, *loc. cit.* Cet auteur applique, *a fortiori*, à cette hypothèse, la solution par lui donnée à l'hypothèse précédente, par le motif que la disposition de l'art. 1975 n'est pas d'ordre public. Mais là n'est pas la question, qui est de savoir s'il peut exister un contrat aléatoire sans une *alea* suffisante dans le sens de la loi. Pour rester conséquent à son idée, M. Pont aurait dû aller jusqu'à dire, que le contrat vaut, en pareil cas, comme convention aléatoire et à titre onéreux ; et cependant il ne le maintient qu'à titre de donation déguisée. A ce point de vue, nous ferons remarquer que, quand même on devrait voir dans la dérogation de l'art. 1975, la preuve de la volonté d'exercer un acte de libéralité, ce qui est tout au moins contestable, la convention ne pourrait, malgré cela, être maintenue comme donation déguisée, puisque, prise avec son caractère apparent, elle ne réunirait pas les conditions requises pour son efficacité.

[11] Duranton, XVIII, 149. Troplong, n° 266. Rouen, 25 juin 1808, Sir., 8, 2, 72. Req. rej., 19 janvier 1814, Sir., 20, 1, 479.

[12] Duranton, XVIII, 149. Troplong, n° 275. Taulier, VI, p. 506. Zachariæ, § 388, notes 5 et 8. Civ. cass., 22 février 1820, Sir., 20, 1, 82. Grenoble, 21 juin 1822, Dev. et Car. *Coll. nouv.*, VII, 2, 88. Voy. en sens contraire : Labbé, Sir., 65, 2, 321 à la note; Bidart, *Revue pratique*, 1868, XXII, p. 333 et suiv. Ces auteurs écartent, avec raison, l'argument de texte qu'on a voulu tirer du rapprochement des art. 1974, 1975 et 1972. Si les deux premiers de ces articles s'expriment au singulier, ce n'est pas, en effet, une raison pour en conclure, qu'ils soient complétement étrangers à l'hypothèse où, conformément à l'art. 1972, la rente a été constituée sur la tête de plusieurs personnes; et ils s'y appliqueraient évidemment, si toutes ces personnes étaient déjà mortes lors de la conclusion du contrat, ou venaient à décéder dans les vingt jours de sa passation. Mais, si l'art. 1972 ne fournit aucun argument en faveur de notre opinion, on ne saurait pas davantage l'invoquer en faveur du système contraire, pour en conclure que, par cela seul que l'une des personnes, sur la tête desquelles la rente a été constituée, était déjà morte à la date du contrat,

de l'un de ceux sur la tête desquels la rente a été constituée, elle ne devait passer au survivant que réduite à moitié, ou dans toute autre proportion [13].

Du reste, les art. 1974 et 1975 ne concernent que les rentes constituées à titre onéreux, et sont étrangers aux donations faites sous la charge d'une rente viagère [14].

ou est venue à décéder dans les vingt jours de sa passation, il doit y avoir lieu à l'application des art. 1974 et 1975. La vérité est que la difficulté qui nous occupe, n'a pas été prévue par le législateur; et, à défaut du texte qui la décide, c'est dans l'esprit de la loi qu'il faut en chercher la solution. Or, comme dans le cas où la rente est constituée sur la tête d'une seule personne, la survie de cette personne à l'expiration du délai de vingt jours depuis la passation du contrat, forme, aux yeux de la loi, une *alea* suffisante, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement, lorsque la rente ayant été constituée sur la tête de plusieurs personnes, une seule d'entre elles serait décédée dans le délai de vingt jours. Vainement dirait-on que les art. 1974 et 1975 ne contiennent qu'une application de la règle générale, d'après laquelle toute erreur portant sur la substance de la chose entraîne la nullité du contrat, et qu'une pareille erreur se rencontre dans le contrat de constitution de rente viagère, par cela même que l'une des personnes sur la tête desquelles la rente a été établie, était morte au jour du contrat, ou est venue à décéder dans les vingt jours qui l'ont suivi. Cette explication doit être rejetée comme conduisant à des conséquences inadmissibles, puisqu'il en résulterait que, si celui qui a fourni la valeur de la rente, avait connu la mort de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, le contrat serait parfaitement valable. On oublie d'ailleurs que les art. 1974 et 1975 ne se bornent pas à ouvrir une action en nullité dans les hypothèses auxquelles ils s'appliquent, et déclarent que le contrat ne produit aucun effet ; ce qui indique clairement qu'aux yeux du législateur, le vice dont le contrat est infecté n'est pas celui d'erreur, mais résulte de l'absence d'une cause suffisante. Art. 1131. Cpr. Pont, I, 709 et 721. Cet auteur n'admet notre manière de voir que pour l'hypothèse prévue par l'art. 1975, et la rejette pour celle dont s'occupe l'art. 1974. Mais cette distinction nous paraît arbitraire, puisque l'art. 1975 se reliant à l'art. 1974 par les mots *Il en est de même*, les deux hypothèses que prévoient ces articles, se trouvent soumises à la même règle.

[13] Dans ce cas, en effet, le contrat manquerait de cause pour la partie de la rente frappée d'extinction ; et ce vice affecterait le contrat tout entier. Paris, 23 mars 1865, Sir., 65, 2, 321. Req. rej., 6 février 1866, Sir., 66, 1, 192. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 10 février 1857, Sir., 57, 2, 544 ; Lyon, 1er juillet 1858, Sir., 59, 2, 163 ; Paris, 23 mai 1865, Sir., 65, 2, 323 ; Douai, 30 novembre 1866, Sir., 66, 2, 232.

[14] Troplong, n° 267. Pont, I, 717. Civ. cass. 18 juillet 1836, Sir., 36, 1, 535. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 388, note 8 *in fine*. Des trois arrêts que cet auteur invoque à l'appui de son opinion, les deux premiers, déjà cités à

La partie qui invoque l'application de l'art. 1975 est tenue de prouver, non-seulement que la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée était malade lors de la passation du contrat, mais encore qu'elle est morte dans les vingt jours des suites de la maladie dont elle était atteinte à cette époque [15].

On applique au calcul du délai de vingt jours, fixé par l'art. 1975, la règle générale suivant laquelle le *dies a quo* ne se compte pas pour la supputation du délai [16].

Lorsque la rente a été établie par un acte sous seing privé, la seule circonstance que cet acte n'aurait pas acquis date certaine avant les vingt jours qui ont précédé la mort de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, n'autoriserait pas celui qui en a fourni la valeur ou ses héritiers à invoquer l'application de l'art. 1975 [17]. Mais ils seraient admis à prouver par témoins, et même à l'aide de simples présomptions, que l'acte de constitution, quoique portant une date antérieure, n'a été passé en réalité que dans le délai déterminé par cet article [18].

Les parties ont la faculté d'établir la rente viagère au taux qu'il leur plaît de fixer [19]. Art. 1976. Toutefois, une convention qualifiée

la note 11 *supra*, sont étrangers à la question actuelle, et le troisième (Montpellier, 28 décembre 1832) a été cassé par l'arrêt de la cour suprême indiqué en tête de la note.—Il est du reste bien entendu que, si un acte, qualifié donation, renfermait en réalité une constitution de rente viagère au taux usité en cette matière, et par conséquent établie à titre onéreux, il y aurait lieu à l'application des art. 1974 et 1975. Req. rej., 10 juillet 1855, Sir., 56, 1, 262.

[15] Duranton, XVIII, 147. Troplong, n° 273. Pont, I, 715. Voy en sens contraire: Delvincourt, III, p. 425. Cpr. aussi: Paris, 13 juillet 1808, Sir., 9, 2, 221.

[16] Troplong, n° 276. Pont, I, 714. Zachariæ, § 388, texte et note 7. Rouen, 15 décembre 1821, Sir., 22, 2, 224. Cpr. § 49, texte et note 15.

[17] Troplong, n° 277. Duranton, XVIII, 151. Marinier, *Revue pratique*, 1857, II, p. 265 et suiv., n° 3. Taulier, VI, p. 506. Pont, I, 724. Zachariæ, § 388, note 7 *in fine*. Civ. cass., 21 mars 1842, Sir., 42, 1, 300. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 425 ; Colmar, 20 septembre 1830, Sir., 31, 2, 183 ; Angers, 18 février 1837, Sir., 39, 2, 426. Cpr. aussi : Pont, I, 723 ; Req. rej., 15 juillet 1824, Sir., 25, 1, 48.

[18] *Non obstat* art. 1322 : Arg. art. 1348 et 1353. Voy. les autorités citées à la note précédente.

[19] Les dispositions de la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt sont, à raison même de la nature aléatoire du contrat de rente viagère, inapplicables à ce contrat. Maleville, sur l'art. 1976. Duranton, XVIII, 152. Zachariæ, § 388, texte et note 10.

de constitution de rente viagère pourrait, par appréciation de son véritable objet, être déclarée ne contenir qu'un prêt usuraire déguisé, et, dans ce cas, les effets en seraient déterminés par les règles relatives au prêt à intérêt[20].

Les rentes viagères peuvent être déclarées insaisissables, mais dans le cas seulement où elles sont créées à titre gratuit, c'est-à-dire quand elles constituent une libéralité exercée envers celui qui doit en jouir[21]. Art. 1981. Une rente constituée à pareil titre est insaisissable, même en l'absence de déclaration expresse de la part du donateur ou testateur, si elle a été donnée ou léguée à titre d'aliments. Code de procédure, art. 581, nos 3 et 4[22].

Lorsqu'une rente viagère a été créée à titre onéreux, ce ne sont pas seulement les arrérages échus, mais encore ceux à écheoir, qui peuvent être frappés de saisie, ainsi que le fonds même de la rente[23].

§ 389.

Des droits et des obligations qui résultent du contrat de rente viagère.

Le débiteur d'une rente viagère est tenu :

1° De fournir toutes les sûretés qu'il a promises. Art. 1977.

2° De payer régulièrement les arrérages, aux époques déterminées par le contrat, et tant que durera la rente. Art. 1978.

Les arrérages s'acquièrent jour par jour. Le créancier n'y a droit qu'en proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée[1]. Toutefois, s'il a

[20] Pont, I, 728. Civ. cass. 31 décembre 1833. Sir., 34, 1, 104. Req. rej., 26 juin 1845, Sir., 45, 1, 834.

[21] Un donateur ne pourrait pas déclarer insaisissable la rente viagère qu'il stipulerait à son profit, comme charge de la donation. Pont, I, 780. Rennes, 25 juillet 1840, Sir., 40, 2, 422. Cpr. § 327, note 5.

[22] Cpr. cep. Code de procédure, art. 582 ; Duranton, XVIII, 180.

[23] Troplong, n° 345. Roger, *De la saisie-arrêt*, n° 358 *bis*. Pont, I, 777. Zachariæ, § 388, note 2. Paris, 2 janvier 1823, Sir., 25, 2, 5. Chambéry, 8 mars 1862. Sir., 62, 2, 529.

[1] Les arrérages s'acquérant par jour, et non par heure, ils ne sont dus que dans la proportion du nombre de jours expirés au moment du décès de la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée. Le créancier ou ses héritiers n'ont donc pas droit aux arrérages du dernier jour de la vie de cette personne. Cpr. art. 586. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 910. Pont, I, 773. Zachariæ, § 389, note 1. Mais il ne faut pas conclure de là que, dans le cas où la

été convenu que la rente serait payée d'avance, chaque terme est acquis en entier au créancier du jour où le paiement a dû en être fait. Art. 1980.

On ne peut exiger le paiement des arrérages d'une rente viagère qu'en justifiant de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, jusqu'à la fin du dernier jour pour lequel ils sont réclamés. Art. 1983.

Ce fait peut être prouvé soit par un certificat de vie[2] ou par un acte de décès, soit à l'aide de tout autre moyen de preuve[3]. Toutefois, si le crédi-rentier ou ses héritiers veulent procéder par voie de saisie, ils doivent, en général, pour la validité de leurs poursuites, signifier, avec le commandement, un certificat de vie ou un acte de décès[4].

§ 390.

Des différentes manières dont s'éteint l'obligation de servir une rente viagère, et dont se résout le contrat de constitution.

L'obligation de servir une rente viagère s'éteint par la mort naturelle[1] de la personne ou des personnes sur la tête desquelles elle a été constituée. Art. 1980, al. 1.

rente a été stipulée payable d'avance, le créancier ou ses héritiers n'aient droit à un nouveau terme, qu'autant que la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, survit à la fin du jour fixé pour son échéance. Le terme est acquis par cela seul que cette personne vivait encore au commencement de ce jour. Nous croyons devoir rétracter l'opinion émise sur ce point dans nos précédentes éditions, par la raison qu'il s'agit de déterminer, non le jour auquel le débiteur peut être poursuivi, mais le moment auquel le droit du créancier à un nouveau terme s'est trouvé ouvert. Pont, I, 775. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 336 ; Taulier, VI, p. 510.

[2] Cpr. sur les autorités compétentes pour délivrer des certificats de vie et sur la forme de ces actes : Loi des 6-27 mars 1791, art. 11. — Voy. en particulier sur les attestations à produire par les pensionnaires de l'État : Décrets des 21 août et 23 septembre 1806 ; Ordonnance du 6 juin 1839.

[3] Cpr. § 53, texte et note 15 et 16.

[4] Req. rej., 18 juin 1817. Sir., 17, 1, 288. Civ. rej., 19 novembre 1817, Sir., 18, 1, 85. Cpr. cep. Pont, 1, 789 et 790 ; Req. rej., 19 août 1824, Sir., 25, 1, 49 ; Paris, 17 janvier 1840, Sir., 40, 2, 50 ; Req. rej., 9 juin 1869, Sir., 69, 1, 405.

[1] A la différence de la mort naturelle, la mort civile n'entraînait pas l'extinction de la rente viagère. Art. 1982. Cpr. sur les effets que la mort civile produisait en cette matière : § 82, texte et note 10.

A moins de stipulation contraire, la rente constituée au profit de plusieurs personnes, de deux époux, par exemple, ne s'éteint pas pour partie par la mort de l'une d'elles; elle passe tout entière sur la tête des survivants[2].

Lorsque le débiteur d'une rente viagère a donné la mort à la personne sur la tête de laquelle elle avait été constituée, le crédi-rentier ou ses héritiers ont droit à des dommages-intérêts, dont la quotité doit être arbitrée par le juge. Ils peuvent, de plus, si le contrat a été fait à titre onéreux, en provoquer la résolution[3].

Dans le cas où le créancier d'une rente viagère créée sur la tête d'un tiers vient à décéder avant ce dernier, la rente passe à ses héritiers, qui sont autorisés à en réclamer les arrérages jusqu'au décès de ce tiers[4].

Lorsque le débiteur d'une rente viagère, constituée à titre onéreux, néglige de fournir les sûretés par lui promises[5], ou diminue par son fait celles qu'il a données[6], le créancier est autorisé à demander la résolution du contrat de constitution, et, par suite, la restitution du prix de la rente. Art. 1977.

Le débiteur doit être considéré comme ayant diminué par son fait les sûretés données pour l'exécution du contrat, lorsqu'il a aliéné une partie de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués, sans interdire à l'acquéreur la faculté de purger[7]. La vente inté-

[2] Pothier, nos 241 et suiv. Troplong, nos 245 et suiv. Taulier, VI, p. 503. Pont, I, 692. Zachariæ, § 388, note 4 *in fine*. Req. rej., 18 janvier 1830. Sir., 30, 1, 142. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 34 ; Dijon, 22 janvier 1845, Dalloz, 1845, Part. IV, vo Legs, no 3.

[3] Pont, I, 784. Poitiers, 13 nivôse an X, Sir., 2, 2, 129. Paris, 18 janvier 1811, Sir., 11, 2, 81. Amiens, 10 décembre 1840. Sir., 43, 2, 3.

[4] Delvincourt, III, Part. I, p. 206. Pont, I, 688. Cpr. Req. rej., 29 mai 1865, Sir., 65, 1, 224.

[5] L'insuffisance des sûretés promises par le débiteur de la rente et l'absence même de pareilles sûretés ne donnent pas lieu à l'application de l'art. 1977. Pont, I, 736. Zachariæ, § 390, note 3. Civ. cass., 18 décembre 1822, Sir., 23, 1, 220. Douai, 25 novembre 1833, Sir , 34, 2, 238. — Mais il importe peu que les sûretés aient été promises purement et simplement, ou qu'elles n'aient dû être fournies que dans telle ou telle éventualité. Civ. cass., 2 décembre 1856, Sir., 57, 1, 356.

[6] Arg. art. 1188. Duranton, XVIII, 163. Troplong, no 291. Taulier, p. 507. Pont, I, 737.

[7] Cpr. § 286, texte no 1 et note 14. Pont, I, 739. Colmar, 25 août 1810, Sir., 11, 2, 52. Pau, 23 août 1834, Sir., 35, 2, 120.

grale du seul immeuble hypothéqué à la garantie de la rente, que le débiteur aurait consentie sans imposer à l'acquéreur l'obligation de la servir, pourrait aussi, selon les circonstances, constituer une diminution des sûretés données[8]. Mais l'établissement par le débiteur de nouvelles hypothèques sur les immeubles affectés à la garantie de la rente, ne constitue pas une diminution de sûretés dans le sens de l'art. 1977; et cela quand même les nouveaux créanciers hypothécaires auraient poursuivi la vente forcée de ces immeubles[9]. Du reste, si les sûretés avaient été diminuées indépendamment du fait du débiteur, le créancier ne pourrait, à défaut de nouvelles garanties, demander la résolution du contrat[10].

Le débiteur, poursuivi en résolution du contrat conformément à l'art. 1977, peut cependant, jusqu'au jugement définitif, arrêter les effets de la demande, en fournissant les sûretés stipulées, ou en reconstituant celles qu'il a diminuées[11]. Cette demande tomberait d'ailleurs d'elle-même, et la rente serait à considérer comme éteinte si la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée venait à décéder dans le cours de l'instance[12].

Lorsque la résolution est prononcée, le débiteur ne peut réclamer la restitution des arrérages qu'il a déjà payés en offrant de laisser déduire les intérêts du prix de la rente[13]. Il doit même

[8] Cpr. Pont, *loc. cit.*; Riom, 4 août 1818, Sir., 19, 2, 37; Civ. cass., 16 avril 1839, Sir., 39, 1, 511; Bordeaux, 6 juin 1840, Dalloz, 1840, 2, 200.

[9] Cela paraît d'autant plus certain que l'expropriation des immeubles hypothéqués pour sûreté de la rente, aurait pu avoir lieu indépendamment de toute nouvelle constitution d'hypothèque, volontairement consentie par le débiteur. Pont, I, 740. Paris, 23 avril 1853. Sir., 1855, 2, 199. Voy. cep.: Dijon, 14 mars 1817, Sir., 17, 2, 372.

[10] Zachariæ, § 390, note 4. Paris, 21 décembre 1836, Sir., 37, 2, 427.

[11] Troplong, n° 296. Pont, I, 741. Bruxelles, 21 avril 1810, Dev. et Car. *Coll. nouv.*, III, 2, 259.

[12] Pothier, n° 229. Duranton, XVIII, 166. Troplong, n°s 297 et suiv. Larombière, *Des obligations*, II, art. 1184, n° 22. Demolombe, XXV, 516. Pont, I, 743. Zachariæ, § 390, note 5 *in fine*.

[13] L'art. 1183 ne peut, en pareil cas, recevoir sa complète application, puisqu'il n'est pas possible de faire disparaître rétroactivement les risques que de fait le crédi-rentier a courus; et celui-ci doit, par cela même, être dispensé de restituer la portion des arrérages qui forme l'équivalent de ces risques. Duranton, XVIII, 164. Troplong, n° 198. Taulier, VI, p. 508. Pont, I, 747. Zachariæ, § 390, texte et note 5. Bruxelles, 10 août 1833, Sir., 34, 2, 399. Paris, 22

être condamné à en acquitter les arrérages jusqu'au jour du jugement définitif[14].

Le seul défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère, constituée à titre onéreux, n'autorise pas le créancier à demander la résolution du contrat[15]; il n'a que le droit de saisir[16] et de faire vendre les biens du débiteur, pour faire consentir ou ordonner, sur le prix de la vente, l'emploi d'un capital productif d'une somme d'intérêts égale à la rente[17]. Art. 1978.

Lorsque la créance du crédi-rentier est purement chirographaire et que la discussion des biens du débiteur n'a pas produit une somme suffisante pour désintéresser les autres créanciers et pour constituer en même temps le capital nécessaire au service de la rente, le crédi-rentier doit être admis à la distribution pour une somme égale à ce capital, sauf aux autres créanciers à se partager cette somme après l'extinction de la rente viagère[18]. Que si la créance du crédi-rentier étant hypothécaire, le montant de sa collocation ne fournit pas un capital suffisant pour le service des arrérages, il est autorisé à prélever annuellement, sur ce capital même,

février 1837, Sir., 37, 2, 291. Caen, 16 décembre 1843, Sir., 44, 2, 97. Dijon, 22 janvier 1847, Sir., 48, 2, 206. Cpr. aussi : Req. rej., 21 novembre 1827, Sir., 28, 1, 193. Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1977.

[14] La raison en est que le crédi-rentier, demandeur en résolution du contrat de constitution de rente viagère, a continué de courir, jusqu'au jour du jugement, les risques inhérents à ce contrat, puisque sa mort, arrivée au cours de l'instance, aurait eu pour effet de faire tomber la demande. Pothier, n° 230. Merlin, *Rép.*, v° Rente viagère, n° 4. Delvincourt, III, p. 420. Pont, I, 747. Zachariæ, *loc. cit.* Colmar, 25 août 1810, Sir., 11, 2, 52. Bordeaux, 6 juin 1840, Dalloz, 1840, 2, 200. Voy. cep. : Civ. cass., 25 août 1843, Sir., 43, 1, 892.

[15] Il n'y a pas, sous ce rapport, à distinguer entre un simple retard dans le paiement des arrérages, et l'impossibilité absolue de servir la rente. Civ. cass., 18 décembre 1822, Sir., 23, 1, 220.

[16] Cette expression s'applique à toutes espèces de saisies, et notamment à la saisie-arrêt de créances appartenant au débi-rentier. Civ. cass., 10 avril 1839, Sir., 39, 1, 511. Pau, 6 août 1861, Sir., 62, 2, 467.

[17] Tel est, dans l'art. 1978, le sens des termes *l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages*. Duranton, XVIII, 170. Pont, I, 757. Paris, 5 juillet 1806, Sir., 6, 2, 230. Nîmes, 11 avril 1807, Sir., 7, 2, 336. Riom, 18 janvier 1844, Sir., 44, 2, 166. Caen, 24 janvier 1851, Sir., 51, 2, 495. Pau, 6 août 1861, Sir., 62, 2, 467. Req. rej., 5 novembre 1862, Sir., 63, 1, 261. Caen, 12 mai 1864, Sir., 64, 2, 243.

[18] Pont, I, 761.

le complément de ces arrérages[19], sans préjudice du droit qui lui appartient de concourir sur la masse chirographaire, d'après le mode réglé par les art. 552 à 556 du Code de commerce.

La disposition de l'art. 1978 n'est plus applicable, lorsque la rente viagère forme la condition d'une donation[20]. En pareil cas, le donateur peut, à défaut du service des arrérages, demander la révocation de la donation[21]. Art. 953.

D'un autre côté, l'application de l'art. 1978 peut être écartée au moyen d'un pacte commissoire expressément stipulé[22]. Il est même permis de convenir que la résolution aura lieu de plein droit, avec

[19] Les créanciers postérieurs en rang au crédi-rentier, ne peuvent se plaindre de l'absorption successive du capital mis en réserve pour le service de la rente, puisque, d'une part, ils n'ont aucun droit à exercer sur ce capital, tant que le crédi-rentier n'est pas complétement désintéressé, et que, d'autre part, ce dernier, tout en absorbant ce capital, ne touche en réalité que les arrérages qui lui sont dus. Les créanciers postérieurs ont d'ailleurs le moyen d'empêcher ce résultat en offrant de se charger du service de la rente et en fournissant des sûretés hypothécaires suffisantes. Cpr. § 285, texte n° 2 et note 7. Metz, 15 novembre 1843, Sir., 44, 2, 85. Agen, 3 janvier 1844. Sir., 45, 2, 405. Grenoble, 4 décembre 1855, Dalloz, 185[illegible], 2, 278. Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, I, 186 ; Troplong, *Des hypothèques*, IV, 959 *quater* ; Pont, I, 760. Ces auteurs objectent à tort que notre manière de voir aboutirait, d'une manière indirecte, à la résolution proscrite par l'art. 1978. Il est évident, en effet, que le crédi-rentier ne recevra pas, contrairement à l'art. 1978, son capital comme tel, et que la possibilité du décès, dans un temps plus ou moins rapproché, de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, laisse ouverte au profit des créanciers postérieurs, la chance de l'extinction de la rente viagère.

[20] Cpr. sur quelques autres hypothèses particulières dans lesquelles l'art. 1978 n'est plus applicable : Req. rej., 20 novembre 1827, Sir., 28, 1, 193 ; Bourges, 2 avril 1828, Sir., 29, 2, 248 ; Req. rej., 13 juin 1837, Sir., 38, 1, 45; Douai, 15 juin 1846, Sir., 46, 2, 535; Civ. cass., 16 mars 1866, Sir., 66, 1, 350.

[21] Duranton, XVIII, 543. Troplong, n° 312. Demolombe, XX, 582. Pont, I, 751. Poitiers, 6 janvier 1837, Sir., 37, 2, 261. Caen, 21 avril 1841, Sir., 41, 2, 433. Rouen, 27 août 1846, Sir., 48, 2, 90. Pau, 6 août 1861, Sir., 62, 2, 467. Nancy, 22 février 1867, Sir., 68, 2, 50.

[22] Le pacte commissoire n'est contraire, ni à l'essence du contrat de rente viagère, ni à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, et doit par conséquent avoir son effet (*Discussion au Conseil d'État*, Locré, *Lég.*, XV, p. 149 et p. 156, n° 7). Pont, I, 763. Zachariæ, § 390, texte et note 6. Bordeaux, 30 août 1814, Sir., 15, 2, 144. Rouen, 27 janvier 1815, Sir., 15, 2, 140. Bordeaux, 5 juillet 1816, Sir., 17, 2, 74. Civ. rej., 26 mars 1817, Sir., 17, 1, 215. Bordeaux, 14 mars 1829, Sir., 29, 2, 168. Toulouse, 2 juin 1832, Sir., 32, 2, 284. Paris, 22 février 1837, Sir., 37, 2, 291. Civ. rej., 23 août 1843, Sir., 43, 1, 892.

ou sans mise en demeure [23]. Dans ces circonstances, les arrérages sont dus jusqu'au jour de la résolution prononcée en justice, ou opérée de plein droit [24].

Le débiteur d'une rente viagère ne peut, sauf convention contraire [25], s'affranchir, sous aucun prétexte, de l'obligation de la servir pendant la vie de celui sur la tête duquel elle a été constituée [26]. Art. 1979.

Le droit d'exiger le service d'une rente viagère (le fonds ou corps de la rente) se prescrit, comme toute créance en général, par le laps de trente années [27]. Art. 2262. Ce délai court à dater du jour même de la constitution, s'il n'a été fait aucun paiement d'arrérages, et au cas contraire, à dater du jour du dernier paiement [28]. Quant aux arrérages échus, ils se prescrivent par cinq ans. Art. 2277.

B. DES CONTRATS IMPARFAITEMENT SYNALLAGMATIQUES.

a. *Du commodat ou prêt à usage.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1875-1891. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du prêt à usage et du précaire*, par Pothier. *Traité du prêt à usage*, par Duvergier; vol. VI de la continuation de Toullier; Paris, 1843. *Traité du prêt*, par Troplong; Paris, 1845; 1 vol. in-8. Pont, *Des petits contrats*, I, n°s 1 à 130.

§ 391.

Notion du commodat. — Des conditions essentielles à l'existence de ce contrat, et de celles qui sont nécessaires à sa validité.

Le commodat ou prêt à usage est un contrat par lequel l'un des

Caen, 16 décembre 1843, Sir., 44, 2, 97. Voy. en sens contraire : Paris, 2 décembre 1812, Sir., 13, 2, 142. Cpr. Duranton, XVIII, 169.

[23] Req. rej., 26 mai 1868, Sir., 69, 1, 76. Req. rej., 9 juin 1869, Sir., 69, 1, 405.

[24] Cpr. notes 13 et 14 *supra* ; Req. rej., 26 mai 1868, Sir., 69, 1, 76.

[25] Troplong, n° 324. Pont, I, 770. Zachariæ, § 390, note 9.

[26] Duranton, XVIII, 172. Paris, 8 août 1806, Sir., 6, 2, 236.

[27] Pothier, n° 259. Merlin, *Rép.*, v° Rente viagère, § 17. Delvincourt, sur l'art. 2263. Vazeille, *Des prescriptions*, I, 357. Troplong, *De la prescription*, I, 182. Duranton, XVIII, 184; et XXI, 348. Pont, I, 787. Zachariæ, § 390, texte et note 10; § 772, texte et note 5. Toulouse, 21 janvier 1828, Sir., 29, 2, 260. C'est à tort que la Cour de Metz (28 avril 1819, Sir., 20, 2, 12) et celle de Lyon (5 avril 1824, Sir., 26, 2, 156) ont jugé que les arrérages échus étaient seuls prescriptibles.

[28] Cpr. § 213, texte n° 2, lett. *a* et note 10. Outre les autorités citées en ce sens dans cette note, voy. encore : Marcadé sur l'art. 2263 ; Pont, I, 787.

contractants livre gratuitement à l'autre, une chose mobilière ou immobilière[1], dont ce dernier est autorisé à se servir, à charge de la rendre dans son individualité, au terme expressément ou tacitement convenu[2]. Art. 1875, 1876 et 1888.

Les caractères essentiels et distinctifs du commodat sont donc les suivants :

a. Le prêteur ne concède à l'emprunteur que l'usage de la chose qui forme la matière du contrat. Il en résulte que le prêteur conserve, abstraction faite de cet usage, tous les droits qui lui appartenaient sur la chose avant le contrat. Art. 1877[3]. Il en résulte encore que les choses qui se consomment par l'usage auquel elles sont naturellement destinées, ne peuvent former la matière d'un commodat, à moins que l'usage spécial et exceptionnel auquel les parties les destinent, soit de nature à ne pas en nécessiter la consommation[4]. C'est ce caractère qui distingue le commodat du prêt de consommation. Art. 1874 et 1878.

b. L'usage de la chose est abandonné gratuitement à l'emprunteur. C'est par ce caractère que le commodat diffère du louage. Art. 1876.

c. L'usage de la chose est concédé au commodataire pour le temps déterminé par la convention, ou, à défaut de fixation expresse, pour le temps nécessaire à l'usage en vue duquel elle a été empruntée. C'est ce caractère qui distingue le commodat du précaire, par lequel l'usage d'une chose est concédé, non pour un

[1] Pont, I, 37. Cpr. Colmar, 18 avril 1806, Sir., 6, 2, 965.

[2] Cpr. sur la définition du commodat, et sur l'effet de la promesse par laquelle une personne s'engagerait à livrer une chose à titre de commodat : § 340, note 6 ; Duranton, XVII, 487 ; Zachariæ, § 391, note 1re.

[3] La rédaction de l'art. 1877 n'est pas complète : d'une part, il n'est pas nécessaire que l'on soit propriétaire d'une chose pour pouvoir la donner à commodat ; et, de l'autre, le propriétaire lui-même peut recevoir sa chose à ce titre ; c'est ainsi, par exemple, que l'usufruitier peut prêter à usage au nu propriétaire la chose soumise à l'usufruit. L'art. 1877 statue sur l'hypothèse la plus fréquente, c'est-à dire sur celle où le commodat est consenti par le propriétaire de la chose. Cpr. Pothier, n° 19 ; Delvincourt, sur l'art. 1877 ; Duranton, XVII, 514 ; Pont, I, 22 ; Zachariæ, § 391, texte et note 2.

[4] Ainsi, on peut prêter à usage des espèces monnayées, *pompæ vel ostentationis causa*, par exemple, à un caissier dont la caisse doit être prochainement inspectée, pour le mettre à même de justifier qu'il est en règle. L. 3, § *ult.*, et L. 4, D. *commod.* (13, 6). Duranton, XVII, 503. Pont, I, 39. Zachariæ, § 391, texte et note 3.

délai déterminé d'avance, soit explicitement, soit implicitement, mais pour un temps laissé à la discrétion du prêteur, qui peut, par conséquent, en réclamer la restitution quand bon lui semble [5].

Toute personne jouissant de l'administration de sa fortune est capable de prêter ou d'emprunter à titre de commodat, dans les conditions usuelles de ce contrat [6].

Le commmodat est, sous le rapport de son existence, de sa validité, et de sa preuve, soumis aux conditions exigées et aux règles établies pour les contrats en général.

Ainsi, le commodat ne peut avoir pour objet que des choses dont l'usage est dans le commerce. Art. 1878.

Ainsi encore, la preuve testimoniale d'un commodat n'est pas admise au-dessus de 150 fr., sans commencement de preuve par écrit [7].

§ 392.

Des obligations de l'emprunteur.

1° L'emprunteur doit n'employer la chose prêtée qu'à l'usage expressément indiqué par la convention, ou à défaut de convention expresse, qu'à celui auquel elle est destinée d'après sa nature. Art. 1880.

2° Il doit apporter à la garde et à la conservation de la chose prêtée, tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1880.

En vertu de cette obligation, l'emprunteur est responsable du dommage que la chose prêtée a reçu par sa faute. Mais on ne doit pas considérer comme arrivé par sa faute, un dommage qui serait

[5] *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur.* L. 1, D. *de precar.* (43, 26). — Le précaire diffère encore du commodat, en ce qu'il peut être concédé par l'administration sur des fonds dépendants du domaine public. Cpr. § 181, texte et note 4 ; § 185, texte n° 4. — Il est du reste régi par les mêmes règles que le commodat, notamment en ce qui concerne la responsabilité de celui auquel il a été concédé. Pothier, n° 89. Duvergier, n° 127. Troplong, n° 156. Pont, I, 115. Zachariæ, § 391, texte et note 4.

[6] Duranton, XVII, 510 et suiv. Troplong, n° 55 et suiv. Pont, I, 54 à 56. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 404; Taulier, VI, p. 420 et 421; Duvergier, n° 46 à 48.

[7] Toullier, IX, 30. Duranton, XIII, 313, et XVII, 498. Duvergier, n° 51. Troplong, n°s 58 à 68. Taulier, VI, p. 421. Pont, I, 30. Voy. en sens contraire : Colmar, 18 avril 1806, Sir., 6, 2, 965.

le résultat de l'usage pour lequel la chose a été empruntée. Art. 1884.

L'emprunteur ne répond pas des cas fortuits et de force majeure, pourvu que ces accidents n'aient pas été précédés de quelque faute de sa part, sans laquelle le dommage n'aurait point eu lieu[1]. A cet égard, il importe de remarquer que l'emprunteur est en faute :

a. Si la chose empruntée n'a péri par cas fortuit ou force majeure, que parce qu'il l'a employée à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait[2]. Art. 1881 ;

b. Si, pouvant garantir la chose empruntée du dommage qu'elle a éprouvé, en employant sa propre chose, il ne s'est pas servi de cette dernière ; ou si, ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne. Art. 1882.

Conformément aux principes développés au nº 3 du § 308, l'emprunteur répond exceptionnellement des cas fortuits et de force majeure, lorsqu'il s'est chargé de ces risques, ou lorsque le dommage n'a eu lieu qu'après sa mise en demeure[3]. L'estimation donnée à la chose, au moment du prêt, produit les mêmes effets qu'une convention expresse par laquelle l'emprunteur se serait chargé des risques de cette chose. Art. 1883.

3º L'emprunteur est tenu de restituer la chose au prêteur, après l'expiration du temps pour lequel elle lui a été prêtée. Si l'emprunteur a fait, pour la conservation de la chose prêtée, quelques dépenses qu'il soit fondé à répéter, il est autorisé à la retenir jusqu'au remboursement de ces dépenses[4]. Mais il ne peut la garder

[1] Cpr. § 308, texte nº 3 et note 35.

[2] Il ne faut pas confondre le cas où l'emprunteur est en faute pour s'être servi de la chose empruntée plus longtemps qu'il ne le devait, et où, par suite de cette faute, elle vient à périr par cas fortuit ou de force majeure, avec celui où elle périt par un accident de cette nature, mais indépendamment de toute faute de l'emprunteur, après la mise en demeure de ce dernier. L'emprunteur peut, dans le second cas, invoquer l'exception établie par le second alinéa de l'art. 1302, tandis que dans le premier, la faute qu'il a commise écarte, d'une manière absolue, l'application de cette exception. Pont, I, 73. Zachariæ, § 392, note 1re. C'est à tort que plusieurs auteurs (Delvincourt, III, p. 406 ; Duranton, XVII, 520 ; Duvergier, nº 64 ; et Troplong, nº 101) étendent aux hypothèses prévues par l'art. 1881, l'exception admise par l'art. 1302, qui ne concerne que le cas de mise en demeure, et se trouve complétement étranger au cas de faute.

[3] Duranton, XVII, 529. Zachariæ, § 392, texte et note 5.

[4] Voy. sur ce point, les autorités citées à la note 6 du § 256 *bis*. *Adde* en sens contraire : Pont, *Des petits contrats*, I, 101 à 103.

en compensation de ce qui lui serait dû par le prêteur, lors même qu'il s'agirait de deniers empruntés *ad pompam vel ostentationem*[5]. Art. 1885 et 1293, nº 3. Toutefois, il serait admis à compenser ce que lui doit le prêteur avec les condamnations en dommages-intérêts qui pourraient être prononcées contre lui à raison de la perte ou des détériorations de la chose empruntée[6].

Lorsque plusieurs personnes ont conjointement emprunté la même chose, elles en sont solidairement responsables envers le prêteur. Art. 1887.

§ 393.

Des obligations du prêteur.

1º Le prêteur est tenu de laisser à l'emprunteur ou à ses héritiers l'usage de la chose prêtée pendant le temps expressément ou tacitement convenu. Art. 1888 et 1879, al. 1. Toutefois, cette obligation cesse à l'égard des héritiers de l'emprunteur lorsqu'il résulte des circonstances que le prêt n'a été fait qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement[1]. Art. 1879, al. 2. D'un autre côté, le prêteur est autorisé à demander la restitution de la chose avant l'expiration du délai convenu, si des circonstances pressantes et imprévues la lui rendent nécessaire. Art. 1889.

2º Le prêteur est obligé de rembourser à l'emprunteur, les dépenses nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation de la chose, lorsqu'elles étaient tellement urgentes qu'il n'a pas pu en prévenir le prêteur. Quant aux dépenses faites, non pour la conservation de la chose, mais pour en faciliter l'usage, elles restent à la charge de l'emprunteur[2]. Art. 1886 et 1890.

3º Le prêteur qui, ayant connaissance de quelques défauts ca-

[5] Cpr. art. 1291 ; et § 327, note 3. Pont, I, 100.

[6] Pothier, nº 44. Toullier, VII, 383. Duranton, XVII, 537. Troplong, nº 131. Marcadé, sur l'art. 1293. Pont, I, 99. Zachariæ, § 329, note 3.

[1] Pothier, nº 27. Duranton, XVII, 500.—Selon Delvincourt (sur l'art. 1879), on devrait considérer le commodat comme fait dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur personnellement, toutes les fois que le contraire ne résulterait pas des circonstances. Mais cette manière de voir nous paraît contraire aux dispositions de l'art. 1879 ; elle conduirait à ériger en règle ce que le deuxième alinéa de cet article indique comme une exception. Zachariæ, § 393, note 1re.

[2] L. 18, § 3, D. *commod.* (13, 6). Pothier, nº 81. Duranton, XVII, 539 et 549. Zachariæ, § 393, texte et note 2.

chés de la chose[3], a négligé d'en avertir l'emprunteur, est responsable envers ce dernier du dommage qu'il peut avoir éprouvé par suite de l'usage qu'il en a fait, ou de l'impossibilité où il a été de s'en servir pour l'usage convenu. Art. 1891 et arg. de cet article. Le prêteur est également passible de dommages-intérêts lorsqu'il n'avait pas le droit de prêter la chose pour le temps convenu et qu'il a laissé ignorer cette circonstance à l'emprunteur[4].

b. *Du prêt de consommation.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1892-1914. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du prêt de consomption*, par Pothier. *Traité du prêt de consommation*, par Duvergier; vol. VI de la continuation de Toullier; Paris, 1843. *Traité du prêt*, par Troplong; Paris, 1845; 1 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, I, n°s 131 à 366.

α. *Du prêt de consommation en général*[1].

§ 394.

De l'essence de ce contrat. — Des conditions requises pour sa validité. De ses différentes divisions.

1° Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses que cette dernière est autorisée à consommer, à charge par elle de rendre, à l'époque convenue, une pareille quantité de choses de même espèce et qualité. Art. 1892.

[3] Le prêteur n'est, en aucun cas, responsable des défauts apparents de la chose prêtée. Arg. art. 1642. Delvincourt, sur l'art. 1891. Pont, I, 130. Zachariæ, § 393, texte et note 3.

[4] Pothier, n° 79. Pont, I, 125.

[1] Suivant M. Pont (I, 144 et 170), le prêt de consommation devrait, à la différence du prêt à usage, être rangé dans la classe des contrats unilatéraux, et non dans celle des contrats imparfaitement synallagmatiques, par le motif que le prêteur ne se trouverait plus, après la formation du contrat par la livraison de la chose, soumis à aucune obligation. Mais cette manière de voir, qui est en contradiction avec l'intitulé même de la section deuxième du chap. II, du titre *du Prêt*, se réfute par cette double considération, que la responsabilité imposée au prêteur par les art. 1898 et 1891 ne prend sa source que dans le dommage occasionné par le vice de la chose prêtée, c'est-à-dire dans un fait postérieur à la formation du contrat, et que d'un autre côté, la nécessité juridique imposée au prêteur de laisser les choses prêtées à la disposition de l'emprunteur jusqu'au terme convenu, quoique se résolvant en une obligation négative, n'en constitue pas moins un engagement contractuel dont l'accomplissement doit avoir lieu postérieurement à la formation du contrat. Cpr. Duvergier, I, 191 à 197.

Il résulte de cette définition :

a. Que les choses qui forment la matière du prêt de consommation sont nécessairement fongibles, quoiqu'elles soient quelquefois du nombre de celles qui ne se consomment pas par l'usage[2]. Art. 1894.

b. Que ce contrat transfère la propriété des choses prêtées à l'emprunteur, qui dès lors en supporte seul la perte et les détériorations. Art. 1893.

Il en est ainsi pour le prêt d'une somme d'argent, alors même que les fonds n'ont pas été immédiatement remis à l'emprunteur lui-même, mais déposés, pour son compte, chez le notaire qui a reçu l'acte d'emprunt[3].

c. Que l'emprunteur doit restituer au prêteur la même quantité de choses qu'il a reçue, et qu'il ne doit lui restituer que cette quantité. Art. 1895 à 1897[4].

2° Le contrat de prêt de consommation n'est pas, pour sa validité, soumis à des règles spéciales. Il n'exige que les conditions requises pour la validité des contrats en général[5].

3° Le prêt de consommation est gratuit ou à intérêt. Art. 1905.

Le prêt à intérêt est appelé constitution de rente, lorsque le créancier s'interdit la faculté d'exiger le remboursement du capital prêté. Art. 1909.

§ 395.

Des obligations qui naissent du prêt de consommation.

1° Le prêteur est tenu de laisser à l'emprunteur la chose prêtée

[2] La définition du prêt de consommation telle qu'elle est donnée, d'après Pothier (n° 22), par l'art. 1892, est vicieuse, en ce qu'elle indique les choses qui se consomment par l'usage, comme pouvant exclusivement faire l'objet de ce contrat. Cpr. § 166. — Il est à remarquer que si d'ordinaire le prêt de consommation a pour objet une certaine quantité de choses, il peut cependant aussi porter sur une chose déterminée, que l'emprunteur est autorisé à consommer. Cpr. § 166, note 3.

[3] Req. rej., 20 août 1862, Sir., 62, 1, 793. Civ. rej., 2 mars 1868, Sir., 68, 1, 304.

[4] Voy. au § 318, texte n° 3, l'interprétation de l'art. 1895, qui n'est en aucune façon contraire à la règle énoncée au texte, puisque la matière d'un prêt d'argent consiste, moins dans les espèces monnayées au moyen desquelles il se réalise, que dans la somme numérique qui en détermine l'importance.

[5] Voy. cependant, en ce qui concerne les prêts à intérêts dans lesquels des Israélites ont figuré comme prêteurs : décret du 17 mars 1808 ; § 25, texte n° 5.

jusqu'au terme fixé par la convention. Art. 1899. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, il appartient au juge de le déterminer suivant les circonstances. Art. 1900. Cpr. art. 1901[1].

2° Le prêteur est, en ce qui concerne les défauts de la chose prêtée, soumis à la même responsabilité qu'en matière de commodat. Art. 1898[2]. Il en résulte qu'il ne répond pas des vices cachés dont il ignorait l'existence, à moins cependant qu'il ne s'agisse d'un prêt à intérêt[3].

3° L'emprunteur est tenu de restituer au prêteur, à l'époque et au lieu où la restitution doit être effectuée, une pareille quantité de choses de même espèce et qualité que celles qu'il a reçues. Art. 1902. Faute par lui de le faire[4], il devient débiteur de la valeur des choses empruntées[5], eu égard au temps et au lieu fixés pour la restitution, et en l'absence d'une pareille fixation, eu égard au temps et au lieu où l'emprunt a été fait. Art. 1903. Il doit de plus les intérêts de cette valeur, mais à partir seulement de la demande en justice[6]. Art. 1904.

β. *Du prêt à intérêt*[1].

§ 396.

1° *Généralités.*

Le prêt de consommation étant gratuit de sa nature, les choses prêtées ne deviennent productives d'intérêt qu'en vertu d'une

[1] Voy. sur cet article : § 393, texte et notes 1 à 3 ; § 319, texte et notes 12 et 13.

[2] Cpr. art. 1891 ; § 393, texte n° 3.

[3] L'assimilation établie, quant à la responsabilité du prêteur, entre le prêt de consommation et le prêt à usage, suppose que le premier, comme le second, a eu lieu gratuitement. Pont, I, 173.

[4] Les termes de l'art. 1903, *s'il est dans l'impossibilité d'y satisfaire,* qui indiquent la cause ordinaire de la non-restitution des choses empruntées, ne doivent pas être entendus dans un sens restrictif. Il est évident que la disposition de cet article s'applique également au cas où l'emprunteur se trouvant en situation d'exécuter la restitution en nature, ne le fait cependant pas. Zachariæ, § 395, note 2.

[5] Il s'opère dans ce cas une transformation de l'obligation, en ce sens que le prêteur a le droit d'exiger le paiement de cette valeur, alors même qu'elle aurait ultérieurement subi une diminution ; et que, réciproquement, il est tenu de s'en contenter, bien qu'elle ait reçu une augmentation. Cpr. Pont, I, 200 ; Req. rej., 3 juin 1850, Sir., 50, 1, 455.

[6] En parlant de la non-restitution *des choses prêtées ou de leur valeur,* l'art. 1904 étend à tous les prêts de consommation, quel qu'en soit l'objet, les dispo-

stipulation. Cette stipulation doit être expresse[1]. La clause portant que le remboursement de la somme prêtée se fera à telle époque, sans intérêt jusque-là, ne serait pas suffisante pour faire courir les intérêts de cette somme à partir du jour fixé pour son remboursement[2]. Mais, lorsqu'il a été convenu que la restitution du prêt s'effectuera avec intérêts, à un ou plusieurs termes indiqués, les intérêts continuent de courir après l'expiration de ces termes, sans qu'il soit nécessaire de constituer le débiteur en demeure, conformément à l'art. 1153[3].

Il est, d'ailleurs, permis au prêteur de stipuler des intérêts, quelles que soient les choses qui forment l'objet du prêt. Art. 1905.

La règle d'après laquelle il n'est dû d'intérêts en matière de prêt de consommation qu'en vertu d'une stipulation expresse, reçoit exception en fait de comptes courants commerciaux, pour toutes les sommes qui y sont portées au crédit ou au débit de l'une ou de l'autre des parties[4]. Cette exception ne doit pas être étendue à toutes espèces de créances commerciales[5].

sitions de l'art. 1153. Cela s'explique par la transformation qui s'opère, au cas de non-restitution des choses prêtées, de l'obligation primitive de l'emprunteur en une dette de somme d'argent. Nous croyons donc devoir abandonner l'opinion que nous avions d'abord admise avec Zachariæ (§ 395, texte n°s 1 et 2, *in fine*). Duranton, XVII, 590. Troplong, n° 301. Larombière, *Des obligations*, I, n°s 11 et 20. Demolombe, XXIV, 624. Pont, I, 219.

[1] Arg. art. 1905, cbn. 1907, al. 2. Pont, I, 246 et 247.

[2] Agen, 19 juin 1824, Sir., 25, 2, 70. Bourges, 28 mai 1827, Sir., 29, 2, 193. Agen, 19 mars 1833, Sir., 33, 2, 553. Cpr. Bourges, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 220. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 28 mai 1832, Sir., 32, 2, 626 ; Toulouse, 19 janvier 1841, Sir., 44, 2, 272.

[3] Dans cette hypothèse, en effet, la stipulation d'intérêts est expresse ; et l'on ne saurait admettre qu'un prêt fait à l'origine avec intérêt, se transforme, après l'époque fixée pour le remboursement, en un prêt gratuit. Req. rej., 10 mai 1837, Sir., 37, 1, 1008. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 2 mai 1826, Sir., 26, 2, 286 ; Bourges, 25 avril 1826, Sir., 27, 2, 39.

[4] Pardessus, *Droit commercial*, II, 475. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 497. Massé, *Droit commercial*, IV, 1698. Pont, I, 251. Noblet, *Du compte courant*, n°s 8 et 136. Civ. rej., 17 mars 1824, Sir., 25, 1, 147. Bordeaux, 4 juillet 1832, Sir., 33, 2, 35. Req. rej., 6 novembre 1832, Sir., 32, 1, 824. Req. rej., 11 janvier 1841, Sir., 41, 1, 636. Civ. rej., 8 mars 1853, Sir., 54, 1, 769. Civ. rej., 24 mai 1854, Sir., 55, 1, 737. Lyon, 20 novembre 1857, Sir., 58, 2, 699.

[5] Pont, I, 250. Angers, 29 mai 1807, Sir., 7, 2, 313. Poitiers, 15 mai 1821, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 415. Colmar, 12 juillet 1824, Sir., 25,

L'emprunteur ne peut, lorsqu'il a payé des intérêts qui n'avaient pas été expressément stipulés, ni les répéter, ni les imputer sur le capital. Art. 1906[6]. Cette proposition, toutefois, ne semble pas devoir s'appliquer à l'héritier de l'emprunteur, qui aurait payé des intérêts non dus, dont, par une erreur de fait, il se croyait débiteur[7].

La quittance du capital, donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement[8]. Art. 1908.

Lorsque le débiteur n'acquitte pas régulièrement les intérêts au paiement desquels il s'est obligé, le créancier peut exiger la restitution du prêt avant le temps convenu, sauf au juge à donner au débiteur un délai pour le paiement des intérêts arriérés, et à suspendre ainsi l'effet de la demande en restitution[9].

2° *Du taux de l'intérêt*[10].

Le taux de l'intérêt est légal ou conventionnel. Art. 1907.

En fixant le taux de l'intérêt, le législateur peut avoir en vue, soit de déterminer le montant des intérêts moratoires, soit de

2, 122. Voy. en sens contraire : Pardessus, *op. cit.*, II, 470 ; Massé, *op. cit.*, IV, 1699 ; Paris, 18 mai 1825, Sir., 25, 2, 390. Voy. aussi : Req. rej., 10 novembre 1832, Sir., 32, 1, 824.

[6] La disposition de cet article repose sur la supposition, érigée en présomption légale, que l'emprunteur, en payant des intérêts qui n'avaient pas été stipulés, l'a fait volontairement et en connaissence de cause, et non par suite d'une erreur. Mais nous ne saurions admettre, avec M. Pont (I, 154), qu'un pareil paiement constitue une donation manuelle, soumise quant au fond aux règles sur les dispositions à titre gratuit.

[7] Duranton, XVII, 600.

[8] M. Duranton (XIII, 431) enseigne que cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Nous ne saurions, du moins en général, partager son opinion, que repoussent les expressions finales de l'art. 1908 : en déclarant libéré le débiteur, porteur d'une quittance donnée sans réserve des intérêts, cet article dénie implicitement toute action au créancier. Cpr. art. 1352. Troplong, n° 414. Zachariæ, § 396, note 2.

[9] Arg. *a fortiori*, art. 1912. Favard, *Rép.*, v° Prêt, sect. II, § 2, n° 6. Zachariæ, § 396, texte et note 3.

[10] Cpr. *Dissertation sur le taux de l'intérêt en matière de prêt*, par Domenget, *Revue critique*, 1863, XXII, p. 34. *De l'intérêt, de sa légitimité, de la nécessité de le débarrasser des entraves du maximum*, par Mersier, *Revue pratique*, 1864, p. 241. *La loi de 1807 et la liberté du taux de l'intérêt*, par Detourbet, *Revue pratique*, 1866, XXI, p. 27, 114, 311, 424, 490 et 551 ; XXII, p. 21.

régler à défaut de fixation conventionnelle, le taux des intérêts compensatoires, soit enfin d'indiquer le maximum des intérêts qu'il est permis de stipuler [11]. Nous n'avons à nous occuper ici du taux de l'intérêt que sous ce dernier point de vue.

Droit ancien. Plusieurs ordonnances royales avaient, à l'exemple du Droit canon, prohibé toute stipulation d'intérêts en matière de prêt. Ces ordonnances, observées rigoureusement dans les pays coutumiers, n'étaient pas, en général, suivies dans les pays de Droit écrit, dont la plupart des parlements, fidèles aux principes du Droit romain, continuaient à considérer comme valable, sauf certaines restrictions, le contrat de prêt à intérêt. On avait d'ailleurs, pour échapper à la défense établie par ces ordonnances, imaginé le contrat de constitution de rente, qui était permis dans toute la France. Le taux légal de l'intérêt dans ce contrat était, en dernier lieu, de cinq pour cent [12].

Droit intermédiaire [13]. Le décret de l'Assemblée constituante des 3-12 octobre 1789, en déclarant licite le prêt à intérêt, restreignit cependant les stipulations d'intérêts en matière civile au taux fixé par la loi. Mais, comme ce décret maintenait les usages du commerce, qui n'avaient rien de bien arrêté sur le taux de l'intérêt, il donna à penser que, dans le commerce, la fixation de l'intérêt restait abandonnée à la volonté des parties [14]. Les lois qui, plus tard, déclarèrent tour à tour, que l'argent était et qu'il n'était pas marchandise [15], jetèrent plus d'incertitudes encore sur la matière. Vient enfin la loi du 5 thermidor an IV, dont l'art. 1er porte : « A dater de la publication de la présente loi, chaque ci-« toyen sera libre de contracter comme bon lui semblera : les obli-

[11] Cpr. art. 1153, al. 1 ; *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XV. p. 21 et suiv., n° 21).

[12] Édit du mois de février 1770.

[13] L'aperçu historique de la législation intermédiaire sur l'intérêt, présenté par Merlin (*Rép.*, v° Intérêts, § 6, n° 5), Favard de Langlade (*Rép.*, v° Intérêts, n° 3), et Duranton (XVII, 601), n'est pas exact. Ces auteurs ont été induits en erreur par l'*Exposé des motifs* de la loi du 3 septembre 1807, fait au Corps législatif, par Jaubert (Locré, *Lég.*, XV, p. 66 et suiv.).

[14] Civ. cass., 11 avril 1810, Sir., 10, 1, 205.

[15] Cpr. loi du 11 avril 1793 ; loi du 6 floréal an III ; loi du 2 prairial an III. La loi du 11 avril 1793, art. 5, rappelle une loi antérieure qui, la première, aurait déclaré l'argent marchandise. Mais cette loi paraît n'avoir jamais été publiée : du moins nous a-t-il été impossible de la trouver dans les différents recueils auxquels nous avons eu recours.

« gations qu'il aura souscrites seront exécutées dans les termes et « valeurs stipulés. » Quoique cette loi paraisse, d'après les circonstances dans lesquelles elle a été rendue et les rapports qu'elle présente avec d'autres lois antérieures ou postérieures [16], n'avoir eu d'autre but que de lever la prohibition de stipuler des paiements en numéraire, la Cour de cassation et la plupart des Cours souveraines y virent cependant la proclamation du principe d'une liberté absolue en fait de stipulation d'intérêts [17].

Dispositions du Code Napoléon. La jurisprudence qui s'était établie à la suite du décret des 3-12 octobre 1789 et de la loi du 5 thermidor an IV, avait donné lieu à de graves abus. L'on était assez généralement convaincu, lors de la discussion du Code Napoléon, de la nécessité d'y apporter quelque remède. Toutefois on crut, à raison des circonstances difficiles où se trouvait le pays, devoir différer encore les mesures qu'il conviendrait de prendre. On se contenta donc, en distinguant l'intérêt légal et l'intérêt conventionnel, de déclarer en principe qu'il appartenait au législateur de limiter le taux de cette dernière espèce d'intérêt. Art. 1907, al. 1. La fixation de l'intérêt conventionnel resta ainsi abandonnée à la volonté des parties [18]. La loi ne leur prescrivait, à cet égard, d'autre règle que d'indiquer par écrit le taux de l'intérêt. En cas d'inobservation de cette règle, qui n'avait d'autre but que d'imposer à l'usure le frein de la honte [19], l'intérêt conventionnel devait, quoique supérieur à l'intérêt légal, être réduit au taux de ce dernier [20]. Art. 1907, al. 2.

Dernier état de la législation. L'art. 1907 du Code Napoléon renfermait, en quelque sorte, l'annonce d'une loi qui viendrait

[16] Voy. LL. des 15 germinal et 29 messidor an IV; 16 pluviôse, 5 messidor et 15 fructidor an V; 11 frimaire an VI.

[17] Civ. cass., 3 mai 1809, Merlin, *Rép.*, v° Intérêts, § 6, n° 6. Civ. cass., 20 février 1810, Sir., 10, 1, 205. Bruxelles, 10 janvier 1810, Sir., 10, 2, 343. — L'anatocisme même était considéré comme permis d'une manière illimitée. Civ. cass., 5 octobre 1813, Sir., 15, 1, 76.

[18] Civ. cass., 29 janvier 1812, Sir., 12, 1, 209. Voy. aussi les arrêts cités à la note précédente.

[19] *Rapport fait au Tribunat*, par Boutteville, et *Discours du tribun* Albisson *au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, XV, p. 50 et 51, p. 63, n° 7).

[20] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XV, p. 27, n° 21 *in fine*). Bourges, 11 juin 1825, Sir., 26, 2, 220.

limiter le taux de l'intérêt conventionnel. Cette loi fut rendue le 3 septembre 1807[21].

Elle a été complétée et renforcée, quant à la sanction civile et aux peines qu'elle prononçait, par la loi des 15 juin, 1er juillet et 19 décembre 1850.

Aux termes de l'art. 1er de la loi du 3 septembre 1807, l'intérêt conventionnel ne peut excéder 5 p. 100 en matière civile, et 6 p. 100 en matière de commerce, c'est-à-dire le taux de l'intérêt légal, tel qu'il se trouve fixé par l'art. 2 de la même loi.

Suivant l'art. 3, le prêteur devait, en cas de perception d'intérêts supérieurs au taux licite, être condamné à restituer l'excédant, ou à en souffrir la déduction sur le capital de sa créance. La controverse qui s'était élevée, à l'occasion de cette disposition[22], sur le point de savoir si les intérêts usuraires perçus par le créancier devaient, dès le moment de leur perception, s'imputer de plein droit sur le capital de la créance, ou si, au contraire, cette imputation ne devait avoir lieu qu'à partir de la demande en réduction formée par le débiteur, a été décidée, dans le sens de la première de ces solutions, par l'art. 1er de la loi de 1850, dont les deux premiers alinéas sont ainsi conçus : « Lorsque, dans une instance « civile ou commerciale, il sera prouvé que le prêt conventionnel « a été fait à un taux supérieur à celui fixé par la loi, les perceptions excessives seront imputées de plein droit, aux époques où « elles auront eu lieu, sur les intérêts légaux alors échus, et subsidiairement, sur le capital de la créance. — Si la créance est « éteinte en capital et intérêts, le prêteur sera condamné à la restitution des sommes indûment perçues, avec intérêts du jour où « elles lui auront été payées. »

On doit, en général, considérer comme faits en matière de commerce, les prêts rentrant dans les opérations habituelles d'un négociant, d'un banquier par exemple, peu importe qu'ils aient été faits à un commerçant, ou à un non-commerçant, et pour un but

[21] Deux décrets des 15 et 18 janvier 1814 ont momentanément suspendu cette loi, à dater de leur promulgation jusqu'au 1er janvier 1815.

[22] Cpr. Montpellier, 20 décembre 1841, Sir., 42, 2, 179 ; Req. rej., 20 juin 1842, Sir., 42, 1, 763 ; Civ. rej., 21 avril 1849, Sir., 49, 1, 737 ; Besançon, 4 juillet 1857, Sir., 58, 2, 553 ; Civ. cass., 5 janvier 1859, Sir., 59, 1, 228 ; Paris, 2 janvier 1861, Sir., 61, 2, 256 ; Civ. cass., 16 juin 1863, Sir., 63, 1. 334.

non commercial[23]. Il en serait cependant autrement, s'il était établi, par la forme de l'acte d'obligation, par la nature des garanties fournies, ou par d'autres circonstances, que le prêteur a distrait de son commerce les fonds prêtés, pour leur donner une destination purement civile[24].

On doit, d'un autre côté, considérer comme prêt commercial, celui qui serait fait par un non-commerçant, soit à un négociant pour son négoce, soit même à un non-commerçant pour une opération de commerce[25].

3° *Des exceptions auxquelles se trouve soumise l'application de la loi du* 3 *septembre* 1807, *sur le taux de l'intérêt.*

Le taux de l'intérêt, pour les prêts faits aux colonies, est fixé par des règlements spéciaux, d'après lesquels il est supérieur à celui que détermine la loi du 3 septembre 1807[26].

En ce qui concerne spécialement l'Algérie, une ordonnance du 7 décembre 1835 avait fixé à 10 p. 100 le taux de l'intérêt légal, en laissant d'ailleurs aux parties la liberté de stipuler un intérêt conventionnel supérieur à l'intérêt légal. Mais cette ordonnance a été rapportée par un arrêté du pouvoir exécutif, en date du 4 novembre 1848, qui, tout en maintenant à 10 p. 100 le taux de l'intérêt légal, défend, sous les peines portées par la loi du 3 septembre 1807, de stipuler un intérêt conventionnel supérieur à ce taux.

Les prêts faits en pays étrangers sont, en ce qui concerne le taux de l'intérêt, exclusivement régis par les lois du pays où ils ont eu

23 C'est à cette dernière hypothèse surtout que s'applique l'observation de Scaccia : *Plus valet pecunia mercatoris, quam pecunia non mercatoris*. Troplong, n° 362. Bourges, 14 février 1854, Sir., 54, 2, 531. Civ. rej., 11 mars 1856, Sir., 56, 1, 729. Crim. rej., 27 février 1864, Sir., 64, 1, 341. Civ. cass., 29 avril 1868, Sir., 68, 1, 281. Bordeaux, 27 avril 1869, Sir., 70, 2, 23. Civ. rej., 10 janvier 1870, Sir., 70, 1, 157 et 159. Voy. en sens contraire : Lyon, 29 janvier 1858, Sir., 58, 2, 595; Paris, 2 février 1861, Sir., 61, 2, 256.

24 Cpr. Montpellier, 13 août 1853, Sir., 53, 2, 469 ; Bourges, 3 mars 1854, Sir., 54, 2, 234; Civ. rej., 5 janvier 1859, Sir., 59, 1, 220; Limoges, 25 juillet 1865, Sir., 65, 2, 284.

25 Troplong, *loc. cit.* Bordeaux, 4 juillet 1857, Sir., 58, 2, 553. Lyon, 20 novembre 1857, Sir., 58, 2, 699. Cpr. Req. rej., 10 mai 1837, Sir., 37, 1, 1003. Voy. en sens contraire : Besançon, 15 décembre 1855, Sir., 56, 2, 504.

26 Cpr. Bourges, 6 mars 1860, Sir., 60, 2, 621.

lieu, peu importe que le contrat ait été passé entre étrangers, entre étrangers et Français, ou même entre Français. Lorsque le remboursement de pareils prêts est poursuivi devant un tribunal français, le juge doit allouer les intérêts stipulés ou dus conformément ou en vertu de la loi du pays où le contrat a été passé, bien que le taux en soit supérieur à celui que fixe la loi française[27]. Il en est ainsi, même des intérêts courus depuis la demande formée en France[28].

Aux termes de l'art. 8 de la loi du 8 juin 1857, la Banque de France a été autorisée à élever, lorsque les circonstances l'exigent, l'intérêt de ses avances au-dessus de 6 p. 100. Mais la circonstance que la Banque de France aurait usé de cette faculté, n'autoriserait pas les banques privées à élever dans la même mesure que celle-ci, l'intérêt de leurs avances. Il en serait cependant autrement, si le banquier avait simplement servi d'intermédiaire, pour procurer à l'emprunteur des fonds provenant de la Banque de France[29].

La loi du 3 septembre 1807 est inapplicable aux prêts sur nantissements faits par les monts-de-piété[30].

[27] Fœlix, *Droit international*, I, p. 232. Taulier, VI, p. 433. Troplong, n° 359. Pont, I, 270. Aix, 14 janvier 1825, Sir., 26, 2, 66. Bordeaux, 26 janvier 1831, Sir., 31, 2, 178. Chambéry, 12 février 1869, Sir., 70, 2, 9. Voy. aussi en ce sens, les arrêts cités à la note suivante. Voy. en sens contraire : Duvergier, n° 313 ; Demangeat sur Fœlix, *op. et loc. citt.*, note *a*. A l'appui de leur manière de voir, ces derniers auteurs disent que la loi du 3 septembre 1807 est une loi d'ordre public, que le juge est toujours tenu de faire respecter. Cette proposition, vraie sans doute en ce qui concerne les prêts faits en France, est complétement inexacte en tant qu'on l'applique à des prêts contractés en pays étranger. Le législateur français, qui admet, aux colonies et en Algérie, un taux d'intérêt supérieur à celui de la France continentale, reconnaît, par cela même, que les lois restrictives du taux de l'intérêt sont purement locales ou territoriales.

[28] Il nous paraît impossible d'admettre que le retard apporté par le débiteur à l'exécution de ses engagements, puisse avoir pour résultat d'améliorer sa position, quant aux intérêts courus depuis l'époque fixée pour le remboursement. Cpr. texte n° 1, et note 3 *supra*. Req. rej. 10 juin 1857, Sir., 59, 1, 751. Bastia, 19 mars 1866, Sir., 66, 2, 255. Voy. en sens contraire : Pont, 1, 271 ; Bordeaux, 22 août 1865, Sir., 66, 2, 217.

[29] Nancy, 8 juillet 1858, Sir., 58, 2,698.

[30] Décret du 24 messidor an XII. Décret du 8 thermidor an XIII. Merlin, *Rép.*, v° Monts-de-piété, n° 4.

4° *Des actes auxquels s'appliquent, et de ceux auxquels ne s'appliquent pas, les dispositions légales restrictives du taux de l'intérêt.*

Ces dispositions régissent les prêts de sommes d'argent, peu importe que le capital prêté soit remboursable après un certain délai, ou que le prêt ait eu lieu sous forme de constitution de rente perpétuelle[31].

Mais elles reçoivent exception, lorsque, comme cela a lieu dans le prêt à la grosse aventure, le créancier se trouve exposé à perdre, dans telle ou telle éventualité, le droit d'exiger le remboursement de son capital[32].

Les dispositions restrictives du taux de l'intérêt sont inapplicables aux prêts de choses mobilières autres que des sommes d'argent, et notamment aux prêts de denrées et de titres d'actions ou d'obligations industrielles[33]. Il en est cependant autrement, si l'emprunteur n'ayant pas réellement besoin des objets empruntés, l'opération n'avait eu véritablement pour but que de lui donner les moyens de se procurer de l'argent par la vente de ces objets, et de déguiser ainsi un prêt usuraire.

A plus forte raison, ces dispositions sont-elles étrangères aux intérêts stipulés à l'occasion et comme condition de contrats autres

[31] Duranton, XVII, 603. Duvergier, n°s 326 et 327. Troplong, n° 446. Pont, I, 328. Zachariæ, § 399, note 1. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Intérêts, n° VII.

[32] Voy. Code de commerce, art. 311 et 325. Zachariæ, § 396. — De simples risques de fait résultant, soit de la situation embarrassée de l'emprunteur, soit de la nature plus ou moins chanceuse des opérations en vue desquelles se fait une avance de fonds, n'autorise pas le prêteur à stipuler des bonifications supérieures à l'intérêt légal. Pont, I, 286. Voy. cep. Req. rej., 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 501. C'est avec raison que M. Pont conteste l'exactitude de la doctrine admise par cet arrêt. Mais nous ne saurions nous associer à la critique qu'il dirige, à ce point de vue, contre un autre arrêt de la Cour de cassation (Req. rej., 13 août 1845, Sir., 45, 1, 714), qui se justifie par le caractère aléatoire des bonifications allouées au prêteur, en compensation de sa renonciation à une partie de l'intérêt légal et à tout droit de commission.

[33] Garnier, *De l'usure*, n° 9. Petit, *De l'usure*, n° 52. Troplong, n° 361. Pont, 1, 288. Paris, 12 décembre 1863, Sir., 64, 2, 21. Req. rej., 8 mars 1865, Sir., 65, 1, 271. Voy. en sens contraire : Duvergier, n° 279 ; Taulier, VI, p. 442 et 443.

que le prêt[34]. Ainsi, rien ne s'oppose à la stipulation d'intérêts supérieurs au taux fixé par la loi du 3 septembre 1807, pour une dot ou pour un prix de vente, dont le paiement ne doit avoir lieu qu'après un certain délai[35]. Par la même raison, un testateur peut, en fixant un terme plus ou moins éloigné pour le paiement du legs d'une somme d'argent, valablement imposer à la personne chargée du paiement de ce legs, l'obligation d'en servir, jusqu'à l'arrivée de ce terme, des intérêts supérieurs à l'intérêt légal[36].

Enfin, ces dispositions ne concernent, ni l'escompte, ni le change[37], lorsque d'ailleurs les opérations intervenues entre les parties sont, d'après leur nature réelle, susceptibles de donner lieu à de pareilles perceptions[38].

Elles ne s'opposent pas davantage à ce que le négociant, qui fait une opération de banque, perçoive, en sus de l'intérêt légal des sommes ou valeurs par lui fournies, un droit de commission[39].

[34] *Usura non committitur in alio contractu quam mutui, vel expliciti vel impliciti*, Scaccia, *De usuris*, § 1, quest. 1, n° 398. Pothier. n° 88. Troplong. n°s 369 et suiv.

[35] Les intérêts stipulés au-dessus du taux légal sont, en pareil cas, à considérer comme formant partie intégrante de la constitution dotale ou du prix de vente. Zachariæ, § 396, note 11, *in fine*. Riom, 12 mars 1828, Sir., 32, 2, 16.

[36] Décret du 17 juillet 1808, Sir., 8, 2, 249. Zachariæ. § 396, texte et note 11.

[37] L'escompte et le change supposent une négociation d'effet, c'est-à-dire une vente et un achat de créance. Or, une pareille convention ne saurait être assimilée à un simple prêt, et échappe par conséquent à l'application des dispositions légales qui restreignent le taux de l'intérêt. Pardessus, *Droit commercial*. II, 471. Horson, *Questions de Droit commercial*, quest. 224. Troplong, n°s 369. à 380. Crim. cass., 8 avril 1825, Sir., 25, 1, 358. Crim. cass., 26 août 1825. Sir., 25, 1, 360. Civ. rej., 4 février 1828, Sir., 28, 1. 99. Crim. cass.. 16 août 1828, Sir., 29, 1, 37. Toulouse, 25 juin 1829, Sir., 30, 2, 320. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. Paris, 18 janvier 1839, Sir., 39, 2, 262. Civ. rej., 10 janvier 1870, Sir., 70, 1, 157. Voy. en sens contraire : Chardon, *Du dol et de la fraude*, III, 489; Duvergier, *Revue de Droit français et étranger*, 1847, IV, p. 1 et 453, et *Traité du prêt*, n°s 293 et suiv. Cpr. aussi : Pont, I, 281, 282, 284. Cet auteur admet notre manière de voir en ce qui concerne le change, mais la rejette quant à l'escompte, qui ne constitue, selon lui, qu'un prêt à intérêt.

[38] Cpr. texte n° 5, et note 43, *infra*.

[39] Troplong, n° 382. Req. rej., 14 juillet 1840, Sir., 40, 1, 897. Civ. rej., 7 mai 1844, Sir., 45, 1, 53. Civ. rej., 2 juillet 1845, Sir., 45, 1. 481. Grenoble, 15 mars 1844 et 1er avril 1846, Sir., 46, 2. 458 et 460. Colmar, 27

au taux ordinaire de la place[40]. Mais ce droit une fois perçu, ne peut, lorsqu'il y a compte courant entre les parties, être derechef prélevé sur les soldes de compte, reportés à nouveau[41].

5° *De l'usure*[42].

Toute perception faite par le prêteur en sus de l'intérêt admis par la loi, et du droit de commission qui pouvait être légitimement dû, est à considérer comme usuraire, sous quelque prétexte qu'elle ait été opérée, et quel que soit le mode de calcul qui y ait donné lieu. Il en est ainsi notamment :

de l'escompte perçu à l'occasion d'une opération qui ne constituait qu'un prêt, et non une négociation d'effets, ou un paiement anticipé[43] ;

mai 1846, Sir., 48, 2, 491. Douai, 19 août 1846, Sir., 47, 2, 128. Rouen, 27 mars 1847, Sir., 48, 2, 485. Req. rej., 12 mars 1851, Sir., 51, 1, 401. Civ. rej., 14 mars 1856, Sir., 56, 1, 729. Req. rej., 17 mars 1862, Sir., 62, 1, 430. Civ. cass., 28 avril 1869, Sir., 69, 1, 306. Voy. en sens contraire : Pont, I, 285.

[40] Un droit de commission qui excéderait le taux ordinaire usité sur la place, serait réductible, comme présentant un caractère usuraire. Troplong, n° 385. Req. rej., 21 juillet 1847, Sir., 47, 1, 797. Cpr. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361.

[41] Troplong, n° 384. Req. rej., 12 novembre 1834, Sir., 35, 1, 334. Grenoble, 16 février 1836, Sir., 37, 2, 361. Grenoble, 31 août 1839, Sir., 40, 1, 897. Orléans, 22 août 1840, Sir., 40, 2, 433. Civ. rej., 2 juillet 1845, Sir., 45, 1, 481. Colmar, 27 mai 1846, Sir., 48, 2, 491. Rouen, 27 mars 1847, Sir., 48, 2, 485. Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855. Req. rej., 5 décembre 1854, Sir., 55, 1, 30. Angers, 1er mars 1868, Sir., 68, 2, 348. Cpr. Civ. cass., 25 mai 1864, Sir., 64, 1, 313. Voy. cep. Grenoble, 15 mars 1844, et 1er avril 1846, Sir., 46, 2, 458 et 460; Dijon, 2 janvier 1865, Sir., 65, 2, 3.

[42] Cpr. sur cette matière : *De l'usure, dans l'état actuel de la législation,* par Chardon; Paris, 1823, 1 vol. in-8°. *Traité de l'usure dans les transactions civiles et commerciales,* par Garnier; Paris, 1826, 1 vol. in-12. *Traité de l'usure,* par Petit; Paris, 1840, 1 vol. in-8°.

[43] C'est ce qui aurait lieu, si le banquier qui a fait une ouverture de crédit avait perçu un escompte sur des billets à ordre directement souscrits à son profit par le crédité. La création de billets à ordre, qui ne sont remis en pareil cas que dans l'intérêt du banquier, et comme condition de l'ouverture de crédit, ne changerait pas le caractère de l'opération principale, qui n'est en réalité qu'un prêt. Civ. cass., 27 novembre 1843, Sir., 44, 1, 87. On pourrait admettre le contraire, si, en l'absence de toute convention de prêt ou d'ouverture de crédit, un banquier escomptait un billet, même souscrit directement à son ordre par celui qui le présente à l'escompte. Troplong, n° 378. Paris, 18 janvier 1839, Sir., 39, 2, 262.

du droit de commission perçu pour un prêt d'argent d'une nature purement civile [44];

de la perception faite, même par un banquier, d'une prime indépendante du droit de commission [45];

de la retenue, au moment même du prêt, du montant des intérêts à écheoir (*intérêts pris en dedans*) [46];

de la perception de l'excédant d'intérêts résultant d'un calcul établi sur la base de l'année réduite à 360 jours [47];

de la part, réglée d'avance et à forfait, dans les bénéfices d'une entreprise, allouée à un simple bailleur de fonds, non associé, en sus de l'intérêt légal du capital qu'il a versé [48];

enfin, des sommes ou valeurs que le créancier se serait fait remettre par le débiteur à un titre quelconque, fût-ce même à titre de don [49].

Le débiteur ne peut, par aucune confirmation, expresse ou tacite, ni même par un nouvel acte d'obligation, renoncer au droit de répéter des intérêts usuraires [50].

Mais celui qui, par un jugement passé en force de chose jugée, aurait été condamné au paiement d'une somme déterminée, ne serait plus admis à demander la réduction de la condamnation, sous prétexte qu'elle comprend des intérêts usuraires [51].

[44] Troplong, n° 383. Agen, 12 mai 1853, Sir., 53, 2, 273. Agen, 19 juillet 854, Sir., 54, 2, 593. Cpr. Grenoble, 6 mars 1840, Sir., 40, 2, 213.

[45] Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855. Voy. cep. Req. rej. 8 juillet 1851, Sir., 51, 1, 501. Cpr. aussi : Civ. rej. 7 mai 1844, Sir., 45, 1, 53.

[46] Pardessus, *Droit commercial*, II, 471. Pont, I, 292. Agen, 12 mai 1853, Sir., 53, 2, 273. Agen, 19 juillet 1854, Sir., 54, 2, 593. Crim. rej., 26 mai 1855, Sir., 55, 1, 387. Limoges, 25 juillet 1865, Sir., 65, 2, 284. Toulouse, 23 janvier 1868, Sir., 68, 2, 36.

[47] Rouen, 19 juin 1847, Sir., 48, 2, 311. Paris, 20 avril 1848, Sir., 49, 2, 298. Civ. cass., 20 juin 1848, Sir., 48, 1, 433. Crim. cass., 14 mai 1852, Sir., 52, 1, 855. Voy. en sens contraire : Grenoble, 15 mars 1844 et 1er avril 1846, Sir., 46, 2, 458 et 460.

[48] Rouen, 21 juillet 1861, Sir., 62, 2, 325. Civ. rej., 16 juin 1863, Sir., 63, 1, 334.

[49] Duvergier, n° 281. Troplong, n° 367. Pau, 17 janvier 1824, Sir., 28, 2, 66. Bordeaux, 17 décembre 1827, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 425.

[50] Civ. rej., 31 décembre 1833, Sir., 34, 1, 104. Cpr. Bordeaux, 17 décembre 1827, Sir., 28, 2, 65. Voy. aussi : § 339, texte n° 2, et note 24.

[51] Chardon, *De l'usure*, n° 529. Toulouse, 31 juillet 1829, Sir., 30, 2, 132. Req. rej., 27 mai 1840, Sir., 40, 1, 620. Req. rej., 8 mars 1847, Sir., 47,

Les actes passés dans le but de déguiser un prêt à intérêt sont, tout aussi bien que les prêts faits ouvertement, soumis à l'application de la loi du 3 septembre 1807.

Le contrat pignoratif est une des formes sous lesquelles le prêt à intérêt se déguise le plus fréquemment[52]. On appelle ainsi un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble, qui veut se procurer des deniers ou s'acquitter d'une dette, vend en apparence cet immeuble au prêteur ou au créancier, sous la condition de pouvoir en exercer le retrait pendant un certain temps, et d'en rester, pendant cet intervalle, en possession à titre de bail, moyennant un fermage destiné à représenter l'intérêt de la somme qu'il devait ou qu'il a reçue[53].

Les principales circonstances auxquelles on peut reconnaître l'impignoration sont : la faculté de retrait, le maintien du vendeur apparent dans la possession des biens à titre de bail (*relocatio in instanti*), la vileté du prix. Le concours de toutes ces circonstances n'est cependant pas indispensable pour qu'un contrat de vente puisse être déclaré pignoratif [54]. D'un autre côté, la réunion de

1, 470. Voy. cep. Bourges, 2 juin 1831. Sir., 32, 2, 120. — *Quid* de la transaction sur une action en répétition d'intérêts usuraires ? Cpr. § 420, texte n° 4.

[52] Le contrat *mohatra* a également pour objet de déguiser un prêt à intérêt. On appelle ainsi une convention par laquelle le prêteur, après avoir en apparence vendu une chose à l'emprunteur, moyennant un prix payable à terme, la rachète, par lui-même ou par une personne interposée, moyennant un prix payable au comptant, et inférieur à celui que l'emprunteur a promis. Pothier, *Du prêt de consomption*, n° 88, et *De la vente*, n° 38. Crim. rej., 27 février 1864, Sir., 64, 1, 341. — Voy. aussi, sur la convention simulée, appelée par les casuistes *le cas des trois contrats* : Pothier, *De la société*, n° 22; Troplong, *Du contrat de société*, I, 47, et II, 652; Duvergier, *De la société*, n° 58.

[53] Voy. sur le contrat pignoratif : Loisel, *Inst. cout.*, liv. IV, tit. I, rég. 11; Merlin, *Rép.*, v° Pignoratif (contrat), et *Quest.*, v° Contrat pignoratif, *Dissertation*, par M. de Neyremand, *Jurisprudence de la cour de Colmar*, XXIX. p. 321; Troplong, *De la vente*, II, 695.

[54] Rouen, 22 messidor an XI, Sir., 7, 2, 872. Limoges, 18 mars 1828, Sir., 28, 2, 156. Montpellier, 25 août 1829, Sir., 30, 2, 82. Pau, 17 mai 1830, Sir., 30, 2, 243. Colmar, 22 août 1812, 15 mars 1815, 18 novembre 1814, 19 mai 1826, 24 décembre 1833, *Jurisprudence de la cour de Colmar*, VIII, 65, XI. 145, XII, 193, XXII, 83, XXIX, 321. Limoges, 19 mars 1836, Sir., 37, 1. 936. Lyon, 27 août 1841, Sir., 42, 2, 33. Caen, 20 janvier 1846, Sir., 46. 2, 499. — Il importe peu, quant à la relocation *in instanti*, que le bail soit renfermé dans l'acte même de vente ou dans un acte séparé, pourvu qu'en réalité il concoure avec la vente. Montpellier, 25 août 1829, Sir., 30, 2, 82.

plusieurs de ces circonstances ne placerait pas le juge dans la nécessité de déclarer l'existence d'une simple impignoration[55].

Les contrats destinés à déguiser un prêt, même usuraire, ne sont point, par cela seul, destitués de toute efficacité. Ils produisent tous les effets licites attachés à la convention que les parties ont eu en réalité l'intention de conclure[56]. Ainsi, par exemple, une vente apparente, qui sera reconnue n'être qu'une impignoration, vaudra comme prêt garanti par une sorte de nantissement ou de droit de rétention[57]. Mais ce que le débiteur aura payé, à titre de fermages, au delà du taux légal de l'intérêt de la somme par lui due, devra être imputé sur le principal, ou lui être restitué[58].

La preuve testimoniale et de simples présomptions sont, en général, admises pour établir des faits d'usure, quoiqu'il existe des actes sous seing privé, ou même des actes authentiques, tendant à prouver que le créancier n'a perçu que l'intérêt légal des prêts réels par lui faits[59]. La preuve par témoins et les présomptions sont également reçues pour établir la simulation à l'aide de la-

[55] Civ. cass., 6 frimaire an VIII, Sir., 1, 1, 270. Civ. rej., 24 fructidor an VIII, Sir., 1, 1, 343. Civ. rej., 23 décembre 1845, Sir., 46, 1, 732. Civ. rej., 22 avril 1846, Sir., 46, 1, 639. Cpr. Req. rej., 19 août 1840, Sir., 41, 1, 176.

[56] Cpr. § 35.

[57] C'est ce qui a toujours été reconnu dans notre ancienne jurisprudence, non-seulement en ce qui concerne les rapports des parties entre elles, mais même au regard des tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires. Louet, lettre P, sommaire LXI. Troplong, *Du nantissement*, n° 529. Req. rej., 28 mars 1837, Sir., 37, 1, 936. Bastia, 9 mai 1838, Sir., 38, 2, 369. Caen, 30 janvier 1846, Sir., 46, 2, 499. Voy. cep. Pau, 17 mai 1830, Sir., 30, 2, 243; Lyon, 27 août 1841, Sir., 42, 2, 32.

[58] Rouen, 22 messidor an XI, Sir., 7, 2, 872. Poitiers, 5 prairial an XII, Sir., 4, 2, 341. Caen, 26 janvier 1846, Sir., 46, 2, 499. Cpr. § 438, texte n° 2, notes 3 et 4.

[59] Art. 3 de la loi du 3 septembre 1807. Art. 1353, et arg. de cet article. Civ. rej., 18 thermidor an XIII, Sir., 7, 2, 1244. Req. rej., 28 juin 1821, Sir., 22, 1, 269. Riom, 16 janvier 1827, Sir., 27, 2, 57. Caen, 26 juillet 1827, Sir., 30, 2, 204. Req. rej., 18 février 1829, Sir., 29, 1, 96. Bourges, 2 juin 1831, Sir., 31, 2, 248.— Cependant la preuve testimoniale et de simples présomptions ne seraient admissibles qu'au moyen d'une inscription de faux, si les faits d'usure articulés par le débiteur tendaient à détruire la réalité de faits matériels énoncés dans un acte authentique, et constatés par l'officier public, rédacteur de cet acte, comme s'étant passés en sa présence. Cpr. l'arrêt du 28 juin 1821, ci-dessus cité.

quelle on aurait déguisé un prêt usuraire sous l'apparence de quelque autre contrat [60].

γ. *De la constitution de rente.*

§ 397.

Des rentes perpétuelles en général.

Les rentes perpétuelles, c'est-à-dire celles dont le service n'est pas limité à une durée déterminée, sont, ou constituées, ou réservées.

Les rentes constituées sont celles qui se trouvent établies comme condition du prêt d'un capital dont le prêteur renonce à exiger le remboursement. Art. 1909.

Les rentes réservées sont celles qui ont été stipulées comme prix de la vente, ou comme charge de la donation, d'un immeuble. Art. 530. Les règles relatives à ces rentes ayant déjà été exposées au § 224 *ter*, nous avons supprimé l'ancien § 399, qui traitait de cette matière.

§ 398.

Des rentes constituées [1].

La renonciation de celui qui prête une somme d'argent à la faculté d'en demander le remboursement, renonciation qui caractérise la constitution de rente, n'a pas besoin d'être expresse. Elle peut résulter de l'ensemble des clauses du contrat, ou des termes dont les parties se sont servies pour déterminer leurs obligations et leurs droits respectifs [2].

Les constitutions de rentes perpétuelles ne peuvent, comme les prêts ordinaires, être faites qu'au taux de l'intérêt légal [3]. Il en

60 Bordeaux, 7 avril 1827, Sir., 27, 2, 136. Caen, 30 janvier 1846, Sir., 46, 2, 499.

1 Cpr. sur cette matière : Les commentateurs de la coutume de Paris, aux art. 99 et suiv. *Traité de la garantie des rentes*, par Loyseau, dans ses œuvres; Paris, 1680, 2 vol. in-fol.; Lyon, 1701, 1 vol. in-fol. *Jurisprudence des rentes constituées*, Nîmes, 1758, in-12. *Jurisprudence des rentes*, ou *Code des rentiers par ordre alphabétique*, par de Beaumont; Paris, 1784, in-12. *Traité du contrat de constitution de rente*, par Pothier.

2 Paris, 14 prairial an XIII, Sir., 5, 2, 285. Cpr. Req. rej., 24 mars 1818, Sir., 19, 1, 188.

3 Voy. les autorités citées à la note 31 du § 396.

est ainsi, alors même que la rente est constituée, non en argent, mais en denrées [4].

Le débiteur est autorisé à rembourser le capital de la rente quand bon lui semble, à moins qu'il n'ait été convenu que le remboursement n'aurait lieu qu'après un avertissement préalable donné au créancier, ou après un certain délai, qui, toutefois, ne peut être fixé à plus de dix ans [5]. Art. 1911.

Si le débiteur laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux est autorisé à se libérer individuellement de la part qu'il doit aux arrérages, et même à effectuer le remboursement du capital dans la proportion de sa part héréditaire [6]. Art. 1220.

Par exception, le créancier a le droit d'exiger le remboursement du capital dans les hypothèses suivantes :

1° Lorsque le débiteur cesse, pendant deux années consécutives, le service de la rente, de manière à se trouver, après la seconde échéance annuelle, en retard de deux années d'arrérages [7]. Le

[4] Troplong, n° 393. Req. rej., 26 août 1846, Sir., 47, 1, 113.

[5] La stipulation d'un délai plus long ne serait pas absolument nulle, mais seulement réductible. Arg. art. 1660. Duranton, XVII, 611. Troplong, n° 440. Pont, 1, 342. Zachariæ, § 399, texte et note 15.

[6] Delvincourt, III, p. 415 à 417. Duranton, XVII, 613. Duvergier, n° 336. Taulier, p. 452. Pont, I, 345.— Merlin, *Rép.*, v° Rente constituée, § 9, n° 3, et MM. Troplong (n° 463) et Larombière (*des obligations*, II, art. 1221, n° 37), enseignent, conformément à l'ancienne jurisprudence, que les héritiers du débiteur ne peuvent forcer le créancier à accepter des remboursements partiels. Mais ces auteurs n'ont pas pris garde que la constitution de rente ne peut plus, d'après le Code Napoléon, être envisagée que comme un contrat de prêt à intérêt modifié en faveur du débiteur. Vainement M. Troplong se prévaut-il des termes *rachetable* et *rachat*, qu'on lit dans l'art. 1911, pour en inférer qu'on doit appliquer ici, par analogie, les dispositions de l'art. 1670 relatif au réméré. En effet, d'après le caractère réel du contrat de constitution de rente, tel que l'établit le Code Napoléon, ces expressions traditionnelles n'expriment plus aujourd'hui que l'idée d'une faculté de remboursement. Il n'existe, d'ailleurs, aucune parité entre la position du créancier d'une rente constituée, auquel l'un des héritiers du débiteur offrirait, pour sa part, le remboursement du capital de la rente, et celle de l'acquéreur d'un corps certain, au préjudice duquel l'un des héritiers du vendeur prétendrait exercer, pour sa part seulement, la faculté de retrait.

[7] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 1912, *s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux ans* : ils ne signifient pas que les deux années ne commencent à courir qu'à partir du jour fixé pour la première échéance annuelle. Toullier, VI, 566. Duranton, XVII, 617. Zachariæ, § 399, note 3. Civ. cass., 12 novembre 1822, Sir., 23, 1, 174.

droit au remboursement est acquis au créancier, par le fait seul du non-paiement des arrérages, sans qu'il soit besoin que le débiteur ait été constitué en demeure au moyen d'une sommation[8]. Art. 1912, al. 1[9]. Toutefois, si la rente est quérable, c'est-à-dire, payable au domicile du débiteur, le créancier ne peut exiger le remboursement du capital, qu'en justifiant, d'une manière régulière, qu'il s'est présenté à ce domicile pour recevoir les arrérages[10]. Au cas où le débiteur est décédé laissant plusieurs héritiers, dont les uns servent régulièrement leurs parts d'arrérages, et dont les

[8] Delvincourt, III, p. 414. Toullier, VI, 559. Duranton, XVII, 619. Troplong, n° 474 et suiv. Demolombe, I, 55. Zachariæ, § 399, texte et note 4. Civ. rej., 8 avril 1818, Sir., 18, 1, 238. Civ. rej., 10 novembre 1818, Sir., 19, 1, 13. Civ. rej., 16 décembre 1818, Sir., 19, 1, 174. Caen, 3 août 1827, Sir., 28, 2, 140. Civ. rej., 25 novembre 1839, Sir., 40, 1, 252. Civ. cass., 9 août 1841, Sir., 41, 1, 796. Voy. en sens contraire : Pont, I, 352. La solution que nous avons admise semble contraire à la règle que le pacte commissoire n'opère pas de plein droit. Mais elle se justifie par cette considération qu'il s'agit moins de prononcer la résolution du contrat de constitution de rente, que de relever le créancier de la renonciation conditionnelle par lui faite à la faculté d'exiger son remboursement. C'est d'après cette considération que l'art. 1912 ne subordonne pas à la mise en demeure du débiteur le droit de le contraindre au remboursement. Il est donc inutile et inexact de supposer, comme le fait M. Duranton, que l'art. 1912 consacre, par exception à l'art. 1139, la maxime *Dies pro homine interpellat.* — Il est bien entendu que le débiteur ne pourrait être contraint au remboursement, si c'était par la faute du créancier qu'il eût été empêché d'acquitter exactement les arrérages. Zachariæ, § 399, texte et note 6. Civ. rej., 31 août 1818, Sir., 19, 1, 70. Caen, 18 avril 1824, Sir., 25, 2, 215. Req. rej., 19 avril 1831, Dalloz, 1831, 1, 254. Req. rej., 5 décembre 1833, Dalloz, 1834, 1, 65.

[9] La disposition de l'al. 1er de l'art. 1912 s'applique aux rentes constituées à titre gratuit, comme aux rentes constituées à raison d'un prêt, alors du moins que la rente a été constituée avec indication d'un capital déterminé. Civ. rej., 12 juillet 1813, Sir., 13, 1, 354. Cpr. cep. Duranton, XVII, 622. Voy. en sens contraire : Pont, 1, 355. — Cette disposition s'applique-t-elle aux rentes constituées antérieurement à la promulgation du Code Napoléon ? Voy. pour la négative : § 30, texte II, n° 3, et note 53.

[10] Cpr. § 308, texte n° 1, note 10. Turin, 27 avril 1812, Sir., 13, 2, 354. Civ. cass., 12 mai 1819, Sir., 19, 1, 274. Grenoble, 19 juillet 1827, Sir., 28, 2, 178. Caen, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 140. Poitiers, 19 août 1835, Sir., 35, 2, 511. Civ. rej., 28 juin 1836, Sir., 36, 1, 690. Caen, 20 mars 1839, Sir., 39, 2, 431. Cpr. Civ. rej., 29 août 1860, Sir., 61, 1, 145. Voy. cep. Bourges, 7 décembre 1826, Sir., 29, 2, 210.

autres négligent de les acquitter, le créancier ne peut exiger le remboursement que contre ces derniers, et seulement dans la proportion de leurs parts héréditaires.

2° Lorsque le débiteur manque à fournir les sûretés promises par le contrat, ou qu'il diminue par son fait celles qu'il a fournies[11]. Art. 1912, al. 2, et arg. de cet art. cbn. art. 1188. Si les sûretés données par le débiteur diminuent ou périssent sans sa faute, il doit être admis à les compléter ou à en fournir de nouvelles, et il ne peut être contraint au remboursement qu'autant qu'il néglige de le faire[12].

3° Lorsque le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture. Art. 1913. La faillite ou la déconfiture du débiteur principal rend le capital exigible même à l'égard de la caution[13].

c. *Du dépôt et du séquestre.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1915-1963. — BIBLIOGRAPHIE. *Traité du contrat de dépôt*, par Pothier. *Traité des dépôts*, par Aublet de Maubuy : Paris, 1782, in-8°. *Traité du dépôt*, par Duvergier, vol. VI de la continuation de Toullier ; Paris, 1843. *Du dépôt*, par Troplong ; Paris, 1845, 1 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, I, n°s 375 à 570.

§ 400.

Du contrat de dépôt en général.

Le dépôt, en général, est un contrat par lequel une chose corporelle est confiée à une personne, qui s'oblige à la garder et à la rendre dans son individualité. Art. 1915.

Dans cette acception étendue, le dépôt comprend le dépôt proprement dit, et le séquestre. Art. 1916.

[11] Voy. sur les circonstances dans lesquelles le débiteur doit être considéré comme ayant diminué les sûretés par lui fournies : § 303, note 14 et § 286, texte n° 2 ; Duranton, XVII, 628 ; Paris, 11 février 1815, Sirc., 16, 2, 214 ; Req. rej., 4 décembre 1832, Dalloz, 1833, 1, 100 ; Pau, 23 août 1834, Dalloz, 1835, 2, 29.

[12] Art. 2131, et arg. de cet article. Cpr. § 303, note 13. Voy. en sens contraire : Civ. cass., 17 mars 1818, Sir., 18, 1, 260. Cet arrêt nous paraît avoir faussement interprété l'art. 2131, sur lequel il est fondé. Cpr. § 286, texte n° 4.

[13] Cpr. § 303, texte et note 18. Proudhon, *Du domaine privé*, I, 232, Caen, 10 nov. 1857, Sir., 58, 2, 427.

a. Du dépôt proprement dit.

§ 401.

Notion et division de ce contrat.

Le dépôt proprement dit est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à garder gratuitement une chose mobilière et corporelle, qui lui est confiée par l'autre partie, et à la lui restituer, dans son individualité, à première réquisition. Art. 1917 à 1919, 1932 et 1944[1].

Il résulte de cette définition :

1° Que la remise de la chose est une condition indispensable à l'existence du dépôt, comme tel[2].

2° Que la garde de la chose doit être la fin principale du dépôt[3]. Cependant l'autorisation donnée au dépositaire de se servir de la chose déposée ne ferait point, en général, dégénérer le dépôt en prêt[4].

Si la gratuité est indiquée par l'art. 1917 comme essentielle au

[1] Voy. sur les caractères qui distinguent le dépôt de tout autre contrat, et spécialement du mandat et du nantissement : L. 1, § 10, D. *depos.* (16, 37) : Pothier, n° 9 ; Delvincourt, sur l'art. 1915 ; Duranton, XVIII et suiv. ; Pont, 384 à 399 ; Zachariæ, § 401, note 3 ; Paris, 18 janvier 1834, Sir., 34, 2, 93 ; Civ. rej., 16 février 1853, Sir., 53, 1, 254 ; Crim. cass., 28 juin 1860, Sir., 60, 1, 918 ; Crim. rej., 15 juillet 1865, Sir., 66, 1, 183 ; Crim. cass., 21 avril 1866, Sir., 67, 1, 91 ; Crim. rej., 29 novembre 1866, Sir., 67, 1, 188.

[2] Cpr. § 340, note 6.

[3] Lorsqu'une chose est confiée à une personne, non point avec la simple charge de la garder et de la restituer, mais avec la mission d'en faire, dans l'intérêt du propriétaire, un emploi convenu, le contrat constitue un mandat, ou un louage de services, plutôt qu'un dépôt. Pothier, n° 9. Duranton, XVIII, 12 et suiv. Crim. cass., 20 mai 1814, Sir., 14, 1, 149. Crim. rej., 10 février 1832, Dalloz, 1833, 1, 186. Cpr. cep. Civ. cass., 18 novembre 1834, Dalloz, 1835, 1, 10.

[4] Lorsque le dépôt a pour objet des choses qui se consomment par le premier usage, l'autorisation de s'en servir en met les risques et périls à la charge du dépositaire. Mais, dans ce cas même, le contrat, qu'on appelle ordinairement dépôt irrégulier, ne dégénère pas absolument en prêt de consommation ; il conserve sa nature propre, notamment en ce qui concerne l'obligation du dépositaire de restituer la chose à première réquisition. Pothier, n°s 82 et 83. Pont, I, 445. Cpr. Crim. cass., 26 avril 1810, Sir., 11, 1, 65. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 44 ; Zachariæ, § 403, texte et note 3. Cpr. aussi Bordeaux, 6 février 1840, Sir., 40, 2, 267.

dépôt proprement dit, il résulte cependant de l'art. 1928 que la simple stipulation d'un salaire en faveur du dépositaire, ne transforme pas nécessairement le dépôt en un contrat, parfaitement synallagmatique, du louage de services[5].

Le dépôt est volontaire ou nécessaire. Art. 1920. Il est nécessaire, lorsque le déposant a été forcé de le faire par une nécessité pressante, et pour soustraire la chose qui en forme l'objet à une ruine imminente. Art. 1949. Il est volontaire, lorsqu'il a eu lieu dans toute autre circonstance, quels que soient les embarras ou les difficultés qui aient porté le déposant à le faire[6]. La loi assimile cependant, sous certains rapports, au dépôt nécessaire, celui des effets que les voyageurs apportent dans les auberges et hôtelleries où ils descendent. Art. 1952.

(1). *Du dépôt volontaire.*

§ 402.

Des conditions de la validité de ce contrat.

La validité du contrat de dépôt exige, de la part du dépositaire et du déposant, la capacité de contracter. Art. 1925, al. 1. Néanmoins, l'incapacité de l'une des parties n'empêche pas que l'autre ne soit soumise à toutes les obligations naissant du dépôt. Art. 1125, al. 2. Art. 1925, al. 2.

Une personne incapable qui a accepté un dépôt, peut, lorsqu'elle est actionnée en dommages-intérêts, pour n'avoir pas apporté les soins convenables à la conservation de la chose déposée, repousser l'action dirigée contre elle, en faisant prononcer l'annulation ou la rescision du contrat[1]. Mais elle n'est admise à invoquer son incapacité, ni pour se soustraire à l'action en restitution de la chose déposée[2], dans le cas où cette chose se trouve encore entre ses mains, ni pour s'affranchir de l'action *de in rem verso*, tendant au remboursement de ce qui a tourné à son profit, par suite de l'aliénation

[5] Cpr. § 341, texte et note 3. Pont, I, 376 à 379. Voy. cep. Duvergier, nos 408 et 409; Troplong, nos 12 à 15, Taulier, VI, p. 459.

[6] Crim. rej., 12 août 1848, Sir., 49, 1, 298.

[1] Il en serait ainsi, encore que le déposant fût lui-même incapable. Cpr. § 335, texte et note 17. L'art. 1926 est, sous ce rapport, rédigé d'une manière vicieuse. Merlin, *Rép.*, v° Revendication, § 5. Zachariæ, § 402, note 1re.

[2] L'art. 1926 qualifie cette action d'action en revendication; mais cette qualification est inexacte. Cpr. § 219, texte n° 1, et note 2.

qu'elle en a faite. Art. 1926. Le dépositaire incapable serait même passible de dommages-intérêts, si, étant doué de discernement, il avait frauduleusement détourné la chose déposée [3].

Une personne incapable qui a fait un dépôt, peut, en faisant annuler ou rescinder le contrat, se soustraire aux obligations dont elle eût été tenue, si le dépôt avait été valable. Mais elle restera toujours soumise à l'action *negotiorum gestorum*, si, par suite du dépôt, le dépositaire a utilement géré son affaire.

Le dépôt ne peut être régulièrement fait que par le propriétaire, en ce sens que ce dernier n'est pas lié par un dépôt effectué sans son consentement, exprès ou tacite [4]. Art. 1922. Mais le dépôt fait par le simple possesseur n'en est pas moins valable entre le déposant et le dépositaire [5].

La validité du contrat de dépôt n'est assujettie à l'observation d'aucune formalité particulière.

Cependant il ne peut, de même que les conventions en général, être prouvé par témoins, lorsque la valeur de la chose déposée excède cent cinquante francs. Art. 1923. Si la preuve d'un pareil dépôt n'est pas rapportée par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire, en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour l'identité et l'état de la chose qui en faisait l'objet [6], soit pour le fait de la restitution. Art. 1924 [7].

Du reste, les dispositions des art. 1923 et 1924 ne s'opposent

[3] Art. 1310 cbn. Code pénal, art. 408, 66 et 67. Duranton, XVIII, 35. Zachariæ, § 402, note 1re, *in fine*. L'action en dommages-intérêts, qui, dans ce cas appartiendrait au déposant, prendrait sa source, non plus dans le contrat de dépôt, mais dans le délit de violation de dépôt. Aussi se prescrirait-elle par trois ans. Code d'instruction criminelle, art. 2, al. 3, cbn. 638, Cpr. § 445.

[4] Ainsi, une personne qui a reçu en dépôt une chose qu'elle savait ne pas appartenir au déposant, ne peut exercer contre le propriétaire l'action *depositi contraria*. Elle ne peut même retenir la chose déposée jusqu'au paiement des déboursés qu'elle a faits, à moins qu'elle n'ait, par le fait même du dépôt, utilement géré l'affaire du propriétaire, auquel cas elle a contre ce dernier l'action *negotiorum gestorum*. Telle est, à notre avis, la seule explication plausible de l'art. 1922. Voy. la note suivante. Troplong, n° 39. Pont, I, 400. Cpr. cep. Duranton, XVIII, 27.

[5] Cela est tellement vrai, que le dépositaire ne peut, en général, refuser au déposant, la restitution de la chose déposée, même en prouvant que celui-ci n'en est pas propriétaire. Cpr. art. 1938.

[6] Zachariæ, § 402, note 6. Crim. cass., 21 mars 1811, Sir., 11, 2, 192.

[7] Cpr. Paris, 20 février 1852, Sir., 52, 2, 124.

point à la preuve testimoniale d'un dépôt, même au-dessus de cent cinquante francs, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit[8], et bien moins encore à la délation d'un serment sur la sincérité des déclarations faites par le défendeur[9].

D'un autre côté, la disposition de l'art. 1924 est complétement étrangère aux contestations qui, à l'occasion d'un dépôt, peuvent s'élever, soit entre plusieurs déposants, soit entre le déposant ou le dépositaire et un tiers[10].

§ 403.

Des obligations du dépositaire.

1° Le dépositaire est tenu de donner à la garde de la chose déposée, les soins qu'il a coutume d'apporter à la garde de celles qui lui appartiennent[1]. Art. 1927. Sa responsabilité doit, toutefois, être appréciée avec plus de rigueur dans les hypothèses prévues par l'art. 1928.

L'art. 1882 n'est point, en principe, applicable en matière de dépôt[2].

Le dépositaire ne répond des événements de force majeure, qu'autant qu'il s'en est expressément chargé, qu'ils ont été précédés de quelque faute dont il soit responsable, ou qu'ils sont arrivés après qu'il a été mis en demeure de restituer la chose déposée. Art. 1929.

Le dépositaire ne peut user de cette chose, à moins d'une autorisation, expresse ou présumée, du déposant. Art. 1930. Il ne

[8] Duranton, XVIII, 29. Pont, I, 402. Zachariæ, § 402, texte et note 4. Req. rej., 3 décembre 1818, Sir., 19, 1, 160.

[9] Art. 1358. En vain dirait-on que la délation de serment serait inadmissible, comme portant sur un délit : la seule dénégation d'un dépôt, dans le but de se soustraire à l'obligation de restituer la chose déposée ou d'en rembourser la valeur, ne constitue pas le délit de violation de dépôt. Cpr. Code pénal, art. 408. Troplong, n[os] 46 et 48. Pont, I, 411. Zachariæ, § 402, note 5. Aix, 28 février 1832, Sir., 33, 2, 517.

[10] Pont, I, 408. Zachariæ, § 402, note 7. Poitiers, 22 janvier 1811, Sir., 11, 2, 153. Bordeaux, 27 janvier 1816, Sir., 16, 2, 59. Paris, 10 février 1831, Sir., 31, 2, 223. Montpellier, 7 janvier 1841, et Nîmes, 12 décembre 1850, Sir., 51, 2, 141 et 142.

[1] Cpr. § 308, texte n° 2, et note 30 ; Pont, I, 426.

[2] Delvincourt, sur l'art. 1927. Zachariæ, § 403, note 1[re]. Voy. cependant : Pothier, n° 29 ; Duranton, XVIII, 38 ; Pont, I, 427.

doit pas chercher à connaître en quoi consistent les choses déposées, lorsqu'elles lui ont été remises dans un coffre fermé, ou sous une enveloppe cachetée. Art. 1931. Si, contrairement à cette prohibition, il s'était permis d'ouvrir le coffre ou de briser le cachet de l'enveloppe, il deviendrait, le cas échéant, passible de dommages-intérêts, et ne pourrait plus invoquer la disposition de l'art. 1924, en ce qui concerne l'identité et l'état de la chose déposée [3].

2° Le dépositaire doit restituer la chose déposée dans son individualité, à moins qu'ayant été autorisé à s'en servir, il n'ait pu le faire sans la consommer [4]. Art. 1932 cbn. 1930.

L'héritier du dépositaire, qui aurait, dans l'ignorance du dépôt, vendu la chose déposée, ne serait tenu que de rendre le prix qu'il en a reçu, ou de céder son action en paiement contre l'acheteur. Art. 1935. S'il l'avait consommée, il en devrait la valeur au moment de la consommation [5]; et s'il en avait disposé à titre gratuit, il en devrait également la valeur au moment de la disposition, à moins que l'action en nullité de la donation, comme portant sur la chose d'autrui, se trouvant encore ouverte contre le donataire, il n'offrît au déposant de la lui céder [6].

[3] Pothier, n°s 38 et 39. Maleville, sur l'art. 1931. Pont, I, 450. Zachariæ, § 403, note 4.

[4] Cpr. § 401, texte et note 4.

[5] Duranton, XVIII, 48. Pont, I, 484.

[6] Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 403, note 7. Cpr. aussi : Pont, *loc. cit.* Le premier de ces auteurs, refuse, en pareil cas, tout recours au déposant contre l'héritier du dépositaire, et invoque à l'appui de son opinion la loi 1, § ult. *D. depos.* (16, 3). Mais cette loi, qui ne s'occupe que du cas de vente, est étrangère à la question ; et il est d'autant moins permis de l'étendre aujourd'hui en cas de donation, que le déposant ne jouit plus, comme en Droit romain, de l'action en revendication contre le tiers possesseur. Quant à M. Pont, il n'admet contre l'héritier du dépositaire l'action en restitution de la valeur de la chose par lui donnée, qu'autant que la donation aurait indirectement tourné à son profit, comme dans le cas, par exemple, de constitution de dots en faveur de ses enfants. Mais si une pareille solution peut être admise, quand il s'agit d'une action réelle en délaissement d'une universalité juridique, dirigée contre un envoyé en possession définitif, ou contre un héritier apparent, elle ne saurait être étendue à l'hypothèse qui nous occupe. L'obligation personnelle de restitution qui pesait sur le dépositaire ayant passé à son héritier, celui-ci n'a pu s'en affranchir en disposant de la chose déposée. Tout ce qu'on peut admettre en sa faveur, c'est la faculté de se rédimer de cette obligation en offrant de céder l'action en nullité qui lui compéterait contre le donataire.

Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve, sans répondre des détériorations qu'elle peut avoir subies indépendamment de sa faute. Art. 1933. Mais il doit la restituer avec les accessions qu'elle a reçues et les fruits qu'il en a perçus.

Le dépositaire qui ne restitue pas la chose déposée à première réquisition, devient, après mise en demeure, passible de dommages-intérêts, à moins qu'il n'ait eu des raisons plausibles pour en refuser la restitution immédiate [7]. Lorsque la chose déposée consiste en une somme d'argent, une simple sommation de restituer le dépôt suffit, sans demande judiciaire, pour le constituer en demeure et le soumettre au paiement des intérêts de cette somme [8]. Il devrait même ces intérêts indépendamment de toute sommation, s'il avait disposé de la somme déposée sans la permission, expresse ou présumée, du déposant [9]. Art. 1936.

Le dépôt ne peut, en général, être restitué qu'au déposant ou à ses héritiers. Cependant, lorsqu'il a été fait au nom ou pour le compte d'un tiers [10], c'est à ce tiers ou à ses héritiers qu'il doit être rendu. D'un autre côté, si le déposant avait indiqué une tierce personne pour recevoir le dépôt, la restitution qui en aurait été faite à celle-ci, libérerait le dépositaire [11], à moins que l'indication de cette personne n'eût été valablement révoquée par le déposant [12], ou que ce dernier ne fût décédé avant l'exécution du

[7] Pont, I, 493 et suiv. Req. rej., 30 juillet 1855, Sir., 56, 1, 155. Civ. rej., 11 juillet, 1860, Sir., 60, 1, 971.

[8] Art. 1139. *Nec obstat* art. 1153, al. 3. Cette proposition ne peut souffrir aucune difficulté, lorsque le dépositaire n'a pas été autorisé à se servir du numéraire qui lui a été confié, parce que l'obligation de restitution a dans ce cas pour objet un corps certain. Duranton, XVIII, 51. Zachariæ, § 403, note 8. Si le dépositaire avait reçu une pareille autorisation, son obligation n'aurait, à la vérité, pour objet que le paiement d'une somme d'argent; mais nous pensons que, même dans ce cas, l'art. 1153, al. 3, serait inapplicable, parce que l'art. 1936 est conçu en termes généraux, et que l'art. 1944 impose au dépositaire l'obligation de restituer le dépôt aussitôt qu'il en est requis. Pont, I, 467.

[9] Arg. art. 1930 cbn. 1846, al. 2, et 1996. L. 4, C. *depos.* (4, 34). Duranton, XVIII, 53. Zachariæ, § 403, texte et note 9.

[10] Req. rej., 26 août 1813, Sir., 15, 1, 145.

[11] Cpr. Req. rej., 13 mars 1861, Sir., 61, 1, 442 ; Angers, 15 juin 1862, Sir., 62, 2, 87.

[12] Cpr. Req. rej., 26 août 1813, Sir., 15, 1, 145.

mandat confié au dépositaire[13]. Dans ces deux derniers cas, la restitution du dépôt ne pourrait être faite qu'au déposant lui-même ou à ses héritiers. Art. 1937 et 1939, al. 1.

La restitution à faire aux héritiers du déposant, ou de celui pour le compte duquel le dépôt a été fait, doit avoir lieu conformément aux règles tracées par les al. 2 et 3 de l'art. 1939[14].

Si le déposant avait perdu l'administration de ses biens, la restitution devrait être faite à la personne à laquelle cette administration aurait passé. Art. 1940. Réciproquement, si le dépôt avait été fait par un administrateur dont les pouvoirs eussent cessé, la restitution devrait être faite à la personne qu'il représentait, ou au nouvel administrateur. Art. 1941.

Le dépositaire ne peut pas exiger du déposant, qui réclame la restitution de la chose déposée, la preuve qu'il en est propriétaire. Art. 1938, al. 1. La loi trace cependant des règles spéciales pour le cas où le dépositaire viendrait à découvrir que la chose déposée

[13] En droit romain, le mandat donné au dépositaire de remettre le dépôt à un tiers après le décès du déposant, était valable. Cette solution, conforme au principe d'après lequel mandat ne finit point par la mort du mandant, lorsqu'il a été donné pour un acte qui ne doit être fait qu'après son décès, et qui avait été adoptée par notre ancienne jurisprudence, a été rejetée par les rédacteurs du Code, pour empêcher qu'à l'aide de pareils dépôts on ne violât les règles relatives aux dispositions à titre gratuit. Cpr. L. 26, *prœ.*, D. *depos.* (16, 3). *Discours* du tribun Favard (Locré, *Lég.*, XV, p, 136, n° 10). Troplong, n° 146 et suiv. Duvergier, n° 483. Zachariæ, § 403, note 11. Civ. rej., 22 novembre 1819, Sir., 20, 1, 49. Paris, 1er mars 1826, Sir., 26, 2, 297. Bordeaux, 5 février 1827, Sir., 27, 2, 114. Caen, 12 mars 1827, Sir., 28, 2, 37. Montpellier, 6 mars 1828, Sir., 29, 2, 18. Douai, 31 décembre 1834, Sir., 35, 2, 215. Civ. rej., 16 août 1842, Sir., 42, 1, 850. Civ. cass., 29 avril 1846, Sir., 46, 1, 689. Paris, 14 mai 1853, Sir., 53, 2, 507. Bordeaux, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 641. Montpellier, 25 février 1862, Sir., 62, 2, 209. Voy. en sens contraire : Pont, I, 481. Cpr. aussi : Civ. rej., 12 décembre 1815, Sir., 16, 1, 322 ; Limoges, 9 juillet 1821, Sir., 23, 2, 113 ; Req. rej., 2 avril 1823, Sir., 23, 1, 238 ; Lyon, 25 février 1835, Sir., 35, 2, 424 ; Amiens, 16 novembre 1852, Sir., 54, 2, 60.

[14] L'art. 1939, al. 3, emploie le mot *indivisible,* dans une acception différente de celle que lui attribue l'art. 1217, pour désigner une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée matériellement, quoiqu'elle puisse l'être intellectuellement. Pont, I, 484. Zachariæ, § 403, note 10. — Les règles tracées dans les al. 2 et 3 de l'art. 1939 s'appliquent, par identité de raison, au cas où le dépôt a été fait par plusieurs personnes, ou pour le compte de plusieurs personnes. Delvincourt, sur l'art. 1939. Duranton, XVIII, 61. Zachariæ, *loc. cit.*

a été volée, et quel en est le véritable propriétaire. Art. 1938, al. 2. Ces règles ne s'appliquent pas au cas où une chose perdue aurait été déposée par celui qui l'a trouvée[15]. Du reste, la prudence exige que le dépositaire ne restitue au propriétaire, la chose qu'il suppose avoir été volée, qu'en présence du déposant.

Le dépositaire doit restituer la chose déposée au lieu même du dépôt, à moins que la convention n'ait désigné un autre lieu à cet effet. Dans ce cas, il doit faire transporter la chose au lieu désigné pour la restitution; mais les frais du transport sont à la charge du déposant. Art. 1942 et 1943.

Lors même que la convention a fixé un délai pour la restitution de la chose déposée, le dépositaire est tenu de la rendre à la première réquisition du déposant, ou de celui à qui la restitution doit en être faite, à moins cependant qu'un tiers créancier ne l'ait frappée de saisie-arrêt, ou que tout autre prétendant droit n'ait formé opposition à son déplacement[16]. Art. 1944.

Le dépositaire, condamné pour avoir frauduleusement détourné ou dissipé la chose déposée, est passible de contrainte par corps pour le paiement des dommages-intérêts dus au déposant[17], et n'est point admis au bénéfice de cession de biens. Art. 1945.

Le dépositaire est libéré de l'obligation de restituer la chose déposée, lorsqu'elle a péri ou qu'elle lui a été enlevée sans sa faute. Art. 1302. Toutefois, il devrait, dans ce cas, rendre ce qui lui en resterait, ainsi que l'indemnité qu'il pourrait avoir reçue. Art. 1934.

Conformément à la règle générale posée par le troisième alinéa de l'art. 1302, le dépositaire ne peut se décharger de la responsabilité qui pèse sur lui au cas d'incendie du bâtiment où se trou-

[15] *Nec obstat* art. 2279. Comme les règles indiquées au texte dérogent au principe général posé par l'art. 1937, elles doivent être restreintes au cas pour lequel elles sont textuellement établies. D'ailleurs, les considérations d'ordre public sur lesquelles elles sont fondées, ne se présentent pas pour le dépôt de choses perdues, comme pour celui de choses volées. Cpr. L. 1, § 39, et L. 31, § 1, D. *depos.* (16, 3). Troplong, n° 144. Pont, I, 490. Zachariæ, § 403, note 12. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 433; Duranton, XVIII, 58.

[16] L'opposition, que la loi distingue de la saisie-arrêt, n'est pas soumise aux formalités exigées pour cette dernière. Pont, I, 496. Bordeaux, 28 février 1849, Sir., 49, 2, 400. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 176.

[17] Code pénal, art. 52 cbn. 408. Loi du 22 juillet 1867, art. 2, 3 et 5.

vait la chose déposée, qu'en justifiant que cet incendie a eu lieu sans sa faute[18].

Le dépositaire peut, quand bon lui semble, se démettre du dépôt, en restituant la chose déposée[19], à moins qu'il ne se soit expressément ou tacitement obligé à la garder pendant un certain temps. Cette obligation résulte virtuellement de l'indication d'un terme pour la restitution du dépôt[20].

Du reste, le dépositaire est déchargé de toutes les obligations naissant du dépôt, lorsqu'il prouve qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée, et que le déposant n'a sur cette chose aucun droit de jouissance ou de détention. Art. 1946.

§ 404.

Des obligations du déposant.

Le déposant est tenu de rembourser au dépositaire les impenses nécessaires, c'est-à-dire les frais qu'il a faits pour la conservation de la chose déposée[1], et de l'indemniser des pertes que la détention et la garde[2] de cette chose peuvent lui avoir occasionnées. Art. 1947.

Le dépositaire a le droit de retenir la chose déposée jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt. Art. 1948. Il pourrait même, si, sur l'offre de restituer le dépôt, le déposant refusait de lui rembourser ce qui lui est dû en sa qualité de dépo-

[18] Troplong, n° 95. Lyon, 27 novembre 1863, Sir., 64, 2, 227.

[19] Arg. *a contrario*, art. 1960. En cas de refus de la part du déposant de recevoir la restitution du dépôt, le dépositaire est autorisé à en faire la consignation. Cpr. art. 1264 ; § 322, texte n[os] 2 et 3.

[20] Cpr. Locré, *Lég.*, XV, p. 137, à la note.

[1] Le dépositaire ne peut répéter ses impenses voluptuaires, sauf à faire usage de la faculté que l'art. 599, al. 3, accorde à l'usufruitier. Quant aux impenses utiles, le dépositaire ne peut, à la vérité, en demander le remboursement par l'action *depositi contraria*. Mais il nous paraît qu'il pourrait, au moyen de l'action *de in rem verso*, réclamer du propriétaire une indemnité proportionnée à la mieux value encore existante au moment de la restitution. Duranton, XVIII, 73. Pont, I, 508. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 434, note 1[re].

[2] Ainsi, par exemple, le dépositaire aurait droit à un dédommagement, si, pour sauver d'un incendie la chose déposée, il avait laissé périr les siennes propres. Pothier, n° 71.

sitaire, se faire autoriser par justice à vendre aux enchères la chose déposée, et à retenir sur le prix le montant de sa créance[3].

Le droit de rétention dont jouit le dépositaire peut, comme tout droit de rétention en général, être opposé aux créanciers du déposant, et ce même en cas de faillite, ainsi qu'à l'acquéreur de la chose déposée[4].

Si le dépositaire s'était volontairement dessaisi de la chose déposée, il ne jouirait, en cette seule qualité, d'aucun privilége sur le prix de cette chose[5]. Mais s'il avait fait des frais pour sa conservation, il serait autorisé à invoquer, pour en obtenir le remboursement, le privilége établi par le n° 3 de l'art. 2102[6].

(2). *Du dépôt nécessaire.*

§ 405.

Le dépôt nécessaire exige, de même que le dépôt volontaire, le consentement des parties[1].

Il est régi, en général, par les mêmes règles que le dépôt volontaire. Art. 1951.

Toutefois, la preuve du dépôt nécessaire peut, tant en ce qui concerne le fait même du dépôt, qu'en ce qui concerne la nature et la valeur des choses déposées, être faite par témoins, lors même que cette valeur dépasserait cent cinquante francs. Art. 1950 et 1348, n° 2.

[3] Comme le dépositaire n'est pas tenu de garder indéfiniment le dépôt, et que, d'un autre côté, il ne saurait être contraint de s'en dessaisir avant parfaite satisfaction, le seul moyen de sortir de la difficulté à laquelle donne lieu une pareille situation, est celui que nous avons indiqué au texte. Cpr. Lyon, 26 août 1849, Sir., 49, 2, 557; Req. rej., 10 décembre 1850, Sir., 51, 1, 243.

[4] Pont, I, 511. Civ. rej., 8 décembre 1868, Sir., 69, 1, 272. Cpr. Lyon, 26 août 1849, Sir., 49, 2, 557; Req. rej., 10 décembre 1850, Sir., 51, 1, 240. — Voy. au surplus, pour le développement de la proposition énoncée au texte : § 256 *bis*, texte et notes 20 à 23.

[5] Duvergier, n° 506. Troplong, *Des priviléges et des hypothèques*, I, 257. Rauter, *Revue étrangère*, 1841, VIII, p. 777. Pont, I, 512.

[6] Pont, *loc. cit.*

[1] Il ne faut pas conclure, par arg. *a contrario*, de l'art. 1921, que le dépôt nécessaire se forme indépendamment du consentement des parties. Pont, I, 515.

(3). *Des dépôts faits dans les hôtelleries.*

§ 406.

Les aubergistes ou hôteliers, et, en général, tous ceux dont la profession consiste à loger des voyageurs[1], sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par les personnes qu'ils reçoivent chez eux[2]. Art. 1952.

Mais on ne doit pas ranger parmi les personnes auxquelles s'appliquent les dispositions des art. 1952 et suiv., les cafetiers, les restaurateurs ou maîtres de pension[3], ni même les baigneurs publics[4].

Ce dépôt se forme par le seul apport des effets dans l'hôtellerie, et sans qu'il soit nécessaire que le voyageur ait déclaré à l'aubergiste qu'il les confiait à sa garde[5]. L'aubergiste répond même des voitures et des marchandises qui ne sont pas entrées dans l'hôtel-

[1] Ainsi, par exemple, on doit assimiler aux hôteliers proprement dits, les personnes qui louent habituellement des chambres garnies à des voyageurs. Zachariæ, § 406, texte et note 1[re]. Cpr. Sections réunies, Cass., 27 juin 1811, Sir., 11, 1, 300; Nîmes, 18 mai 1825, Sir., 25, 2, 301. — Les art. 1952 et suiv. ne sont d'ailleurs pas applicables au cas où des personnes viendraient habiter, en qualité de locataires, une auberge ou un hôtel garni de la ville où elles ont leur résidence. Zachariæ, § 406, note 3.

[2] Le dépôt fait par un voyageur, ou un voiturier, dans une auberge où il ne loge pas, d'un ballot qui doit être remis à un tiers, ne constitue pas un dépôt nécessaire dans le sens de l'art. 1952. Req. rej., 10 janvier 1832, Sir., 32, 1, 92. — Lorsqu'en partant, un voyageur laisse à l'aubergiste, qui consent à les garder, une partie des effets qu'il avait apportés dans l'hôtellerie, le dépôt nécessaire, qui, dans le principe, s'était formé par l'apport des effets, se convertit en dépôt volontaire. Zachariæ, § 406, note 3.

[3] Ce premier point est généralement admis. Duranton, XVIII, 78. Duvergier, n° 521. Troplong, n° 228. Pont, I, 526. Zachariæ, § 406, note 1[re]. *in fine*.

[4] Duvergier, n° 522. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Dépôt nécessaire; Troplong, n° 229; Zachariæ, § 406, note 1[re]. Voy. aussi : Pont, I, 527. Cpr. Civ. rej., 4 juillet 1814, Sir., 21, 1, 268. Cet arrêt, rendu par application des art. 1383 et 1384, ne décide pas la question, et semble plutôt conforme que contraire à notre manière de voir.

[5] C'est ce qui résulte bien évidemment des termes mêmes de l'art. 1952. Le Code Napoléon s'est, sous ce rapport, écarté, avec raison, de la doctrine de Pothier (n° 79). Troplong, n° 218. Duvergier, n°s 519 et 520. Pont, I, 530. Civ. cass., 11 mai 1846, Sir., 46, 1, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452.

lerie, lorsqu'elles ont été placées dans le lieu où il a l'habitude de les faire stationner[6].

Le dépôt dont il s'agit ici est assimilé au dépôt nécessaire. Il est, par conséquent, susceptible d'être prouvé par témoins, quelle que soit la valeur des effets déposés.

L'hôtelier répond, non-seulement des dommages que lui ou ses domestiques ont personnellement occasionnés, mais encore de ceux qui ont été causés, soit par des personnes logées dans l'hôtellerie, soit même par des étrangers qui s'y seraient furtivement introduits[7].

Sa responsabilité s'étend à toute espèce de dommages, et notamment à ceux provenant d'un vol, ou d'un incendie qui a éclaté chez lui[8]. Art. 1952 et 1953. Il n'est cependant pas responsable des vols faits et des dommages causés avec force armée ou autre force majeure. Art. 1954. Les vols, même commis de nuit, avec escalade et effraction, ne sont pas, en raison de ces seules circonstances, à considérer comme des faits de force majeure[9].

La responsabilité de l'hôtelier n'est pas tellement absolue qu'il soit, dans tous les cas, tenu d'indemniser le voyageur de toutes ses pertes, quelque grandes qu'elles puissent être. Lorsque le voyageur a, parmi ses effets, de l'argent, des billets de banque, des bijoux, ou d'autres objets précieux, la prudence veut qu'il en avertisse l'hôtelier. S'il avait négligé de le faire, les tribunaux pourraient, en cas de perte de ses effets, ne lui allouer qu'une indemnité proportionnée à la valeur que l'hôtelier a dû leur supposer, d'après le volume des malles où ils se trouvaient renfermés, et la nature des objets que le voyageur, eu égard à sa condition,

[6] Duvergier, n° 515. Troplong, n° 207. Duranton, XVIII, 83. Pont, I, 532 Zachariæ, § 406, note 4, *in fine*. Paris, 13 septembre 1808, Sir., 9, 2, 20. Paris, 14 mai 1839, Sir., 39, 2, 264. Amiens, 1er décembre 1846, Sir., 47, 2, 238.

[7] Maleville (sur l'art. 1954) soutient que les expressions de l'art. 1952 : *par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie*, ne s'appliquent qu'à des voyageurs reçus dans l'hôtellerie, et qu'ainsi l'aubergiste n'est pas responsable des vols commis par des personnes qui s'y seraient furtivement introduites. Mais la combinaison de l'art. 1952 avec l'art. 1954, et les motifs mêmes sur lesquels repose la première de ces dispositons, repoussent cette interprétation restrictive. Pont, I, 537. Zachariæ, § 406, texte et note 7.

[8] Pont, I, 538. Paris, 17 janvier 1850, Sir., 50, 2, 267.

[9] Troplong, n° 235. Cpr. en ce sens : les arrêts cités à la note 15 du § 373. Voy. en sens contraire : Pont, I, 540.

au but de son voyage, et aux autres circonstances de la cause, devrait être présumé avoir apportés avec lui[10]. Ce tempérament, toutefois, n'est plus admissible, lorsqu'il est justifié que le dommage a été causé par des domestiques ou préposés de l'hôtelier[11].

L'hôtelier ne peut, pour restreindre l'étendue et les effets de sa responsabilité, se prévaloir d'un avis affiché dans toutes les chambres de l'hôtellerie, indiquant les mesures de précaution à prendre par les voyageurs, et la valeur jusqu'à concurrence de laquelle il entend être responsable[12].

L'hôtelier doit, du reste, être déchargé de toute responsabilité, s'il prouve que la perte dont se plaint le voyageur, provient d'une faute imputable à ce dernier[13].

A la différence du dépositaire, l'aubergiste jouit d'un privilége sur les effets des voyageurs pour les fournitures qu'il leur a faites[14].

β. *Du séquestre.*

§ 407.

Notions générales.

Le séquestre est la remise, entre les mains d'un tiers, d'une chose mobilière ou immobilière, dans le but de sauvegarder les droits des parties intéressées à sa conservation.

D'ordinaire, le séquestre porte sur une chose contentieuse. Art.

[10] *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XV, p. 117, n° 4). Toullier, VI, 255. Troplong, n°s 219 à 226. Paris, 2 avril 1811, Sir., 14, 2, 100. Paris, 21 novembre 1836, Sir., 37, 2, 78. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452. Cpr. Pont, I, 531 ; Zachariæ, § 406, note 4, et § 373, texte et note 8.

[11] Arg. art. 1384, al. 3. Civ. cass., 11 mai 1846, Sir., 46, 1, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237.

[12] Troplong, n° 241. Pont, I, 543. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452. Cpr. § 373, texte et note 11.

[13] C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le voyageur avait déposé ses effets dans un endroit ouvert à tout le monde, sans en prévenir les gens de l'aubergiste, ou si, en sortant de sa chambre, il avait oublié de retirer la clef qu'on lui a donnée. Cpr. les *Observations du Tribunat*, citées à la note 10 *supra*. Duranton, XVIII, 80. Troplong, n° 237. Pont, I, 541. Zachariæ, § 406, texte et note 8. Paris, 2 avril 1811, Sir., 14, 2, 100. Douai, 19 août 1842, Sir., 42, 2, 421. Rouen, 4 février 1847, Sir., 48, 2, 452. Angers, 15 juillet 1857, Dalloz, 1858, 2, 167.

[14] Cpr. § 261, texte n° 6.

1956. Toutefois, il est des cas où une chose peut être mise en séquestre quoiqu'elle ne soit pas litigieuse entre les parties; tel est celui que prévoit l'art. 603.

Le séquestre peut être établi par convention ou par jugement. Art. 1955.

§ 408.

Du séquestre conventionnel.

Le séquestre conventionnel exige, comme toute convention, le concours ou le consentement de deux ou de plusieurs personnes[1].

Le séquestre conventionnel est gratuit ou salarié. Art. 1957. Il est régi par les mêmes principes que le dépôt volontaire, sauf les différences suivantes (art. 1958) :

a. Le séquestre peut avoir pour objet une chose immobilière, comme une chose mobilière. Art. 1959. Cpr. art. 1918.

b. La personne chargée du séquestre d'une chose litigieuse (le séquestre) ne peut, si ce n'est du consentement de toutes les parties intéressées au procès[2], restituer la chose qui en fait l'objet, qu'après la décision du litige. Art. 1960. Cpr. art. 1944. Elle doit alors la rendre à la partie qui a obtenu gain de cause, et pour le compte de laquelle elle est censée l'avoir détenue. Art. 1956. Cpr. art. 1937. Aussi le séquestre a-t-il le droit de répéter, en totalité contre cette partie, les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose[3]. Arg. art. 1948.

c. Le séquestre ne peut, avant la fin du litige, se démettre de la garde de la chose séquestrée, si ce n'est pour une cause jugée légitime. Art. 1960.

[1] La définition donnée par l'art. 1956 du séquestre conventionnel est inexacte, en ce qu'elle suppose qu'un pareil séquestre peut être constitué par une seule personne. Maleville, sur l'art. 1956. Duranton, XVIII, 85. Troplong, n° 249. Pont, I, 547. Zachariæ, § 408, note 2.

[2] Ainsi, le consentement des parties, originairement engagées dans le procès, qui auraient mis la chose en séquestre, ne suffirait pas pour en autoriser la restitution avant la fin du procès. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XV, p. 109, n° 26). Maleville, sur l'art. 1960. Zachariæ, § 408, texte et note 2.

[3] Arg. art. 1948. Delvincourt, sur l'art. 1956. Zachariæ, § 408, note 3. — Le séquestre aurait-il, pour le remboursement de ses dépenses, une action solidaire contre les autres parties qui ont concouru à l'établissement du séquestre ? Pothier (n° 89) enseigne l'affirmative. On peut invoquer, à l'appui de cette opinion, qui toutefois n'est pas sans difficulté, un argument d'analogie tiré de l'art. 2002.

§ 409.

Du séquestre judiciaire.

1° Les tribunaux sont autorisés[1] à ordonner la mise en séquestre d'une chose qui forme l'objet d'une instance judiciaire, lorsque la conservation des droits des parties leur paraît exiger cette mesure, et notamment (art. 1961, n° 2)[2] :

a. Lorsque la propriété d'une chose est contestée, et qu'il y a du danger pour celui qui réclame cette chose, à la laisser dans les mains de la partie qui la possède.

b. Quand, la possession seule étant contestée, il n'existe pas de motifs suffisants pour l'attribuer à l'une des parties plutôt qu'à l'autre[3].

Les termes *propriété ou possession litigieuse*, dont se sert le n° 2 de l'art. 1961, ne doivent pas être pris dans le sens strictement technique qu'on y attache d'ordinaire : la propriété ou la possession peut, en cette matière, être considérée comme contestée, bien que l'instance ne porte pas sur une action en revendication ou sur une action possessoire proprement dite[4].

Ainsi, le séquestre peut être ordonné sur la réclamation du vendeur qui demande, soit la rescision de la vente pour cause de lésion, soit sa résolution pour défaut de paiement du prix[5]. Il peut l'être

[1] C'est un pouvoir que la loi accorde aux tribunaux, et non une obligation qu'elle leur impose. Req. rej., 27 avril 1813, Sir., 13, 1, 392.

[2] L'art. 1961 indique encore, dans ses n°s 1 et 3, deux autres hypothèses où la justice serait autorisée à établir un séquestre. Mais, dans la première de ces hypothèses, c'est à l'huissier qui a procédé à une saisie-exécution, qu'il appartient en vertu de la loi, et indépendamment de toute intervention de la justice, d'établir un gardien aux meubles saisis. Voy. texte n° 3, *infra*. Et dans la dernière de ces hypothèses, il s'agit bien moins d'un séquestre, que d'un simple dépositaire judiciaire. Pont, I, 564.

[3] Voy. § 187, texte n° 4, et note 61.

[4] Soutenir le contraire, ce serait restreindre sans motifs le pouvoir inhérent à l'office du juge, de prendre, dans le cours de l'instance, toutes les mesures qui lui paraissent nécessaires pour la conservation des intérêts des parties. Maleville, sur l'art. 1961. Delvincourt, III, p. 436. Larombière, *Des obligations*, II, p. 189. Pont, I, 560. Voy. cep. Troplong, n°s 293 et suiv. ; Duvergier, n° 536 ; Zachariæ, § 409, note 3.

[5] Bourges, 8 mars 1822, Sir., 23, 2, 96. Toulouse, 29 août 1827, Sir., 29, 2, 45.

également, en cas de contestation, entre les héritiers *ab intestat* et le légataire universel, sur la validité du testament [6].

D'un autre côté, il est permis aux tribunaux d'ordonner le séquestre dans le cours d'une instance sur surenchère, dont l'effet est de rendre la propriété de l'immeuble surenchéri, sinon litigieuse, du moins incertaine entre les parties [7].

Enfin, le séquestre peut être ordonné au cas où la demande en restitution d'une chose est dirigée contre celui qui la détient, à titre de bail par exemple, bien qu'en pareil cas, il ne puisse être question d'une constestation sur la possession proprement dite.

2° En vertu des dispositions spéciales des art. 681 du Code de procédure et 603 du Code Napoléon, les tribunaux sont autorisés à établir un séquestre dans les hypothèses que prévoient ces articles.

3° Dans toute saisie d'objets mobiliers corporels, l'huissier chargé de la poursuite doit établir un gardien aux choses saisies, conformément aux art. 596, 597 et 598 du Code de procédure. Ce gardien a, en général, droit à un salaire dont le taux est fixé par la loi. Les art. 1962 du Code Napoléon, 603 et suiv. du Code de procédure, tracent quelques règles spéciales sur ses droits et ses obligations, soit vis-à-vis du créancier saisissant, soit à l'égard du débiteur saisi.

Du reste, personne n'est tenu d'accepter la charge de séquestre ou de gardien, de quelque manière qu'elle lui ait été offerte ou conférée [8].

[6] Bourges, 18 décembre 1826, Sir., 27, 2, 121. Montpellier, 19 juin 1827, Sir., 27, 2, 217.

[7] Bordeaux, 17 mai 1831, Sir., 31, 2, 287.

[8] Cette charge, en effet, ne saurait être considérée comme une charge publique. Carré, *Lois de la procédure*, II, 2052. Rauter, *Cours de procédure*, § 289. Zachariæ, § 409, note 6. Voy. en sens contraire, quant aux fonctions de gardien à une saisie : Berriat Saint-Prix. *Cours de procédure*, II, p. 534.

d. *Du mandat.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 1984-2010. — Bibliographie. *Du contrat de mandat*, par Pothier. *Du mandat*, par Troplong ; Paris, 1846, 1 vol. in-8°. *Du mandat, de la commission, et de la gestion d'affaires*, par Domenget ; Paris, 1862, 2 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, I, nos 791 et suiv.

§ 410.

Notion du mandat[1].

Le mandat est un contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre le pouvoir, que celle-ci accepte, de la représenter à l'effet de faire, en son nom et pour son compte, un acte juridique, ou une série d'actes de cette nature. Art. 1984[2].

Les caractères essentiels et distinctifs du mandat consistent donc :

a. En ce que l'affaire que le mandataire est chargé d'accomplir, doit être un acte ou une série d'actes juridiques.

b. En ce que le mandataire reçoit le pouvoir de représenter le mandant, à l'effet de l'obliger envers des tiers, et d'obliger des tiers envers lui.

Le mandat donné pour une affaire qui se trouve déjà consommée, est à considérer comme non avenu[3]. Il en est de même du mandat qui n'a point été conféré dans la forme que la loi exige pour que le mandataire puisse exécuter l'acte juridique qui en fait l'objet[4].

[1] Il existe des dispositions spéciales sur diverses espèces de mandataires. Voy. sur les avoués : Code de procédure civile, art. 75 et suiv., 352 et suiv. ; sur les commissionnaires de commerce : Code de commerce, art. 91 et suiv. ; sur les agents de change et les courtiers : Code de commerce, art. 74 et suiv.

[2] La définition de l'art. 1984, qui s'applique plutôt à la procuration, c'est-à-dire à l'acte instrumentaire par lequel le pouvoir est conféré, qu'à la convention même de mandat, n'indique pas les caractères propres et distinctifs de ce contrat. C'est pour n'avoir pas nettement saisi ces caractères, que la plupart des auteurs ont confondu avec le mandat, des conventions d'une nature toute différente, et que, d'un autre côté, on a considéré les notaires comme étant les mandataires des parties qui ont recours à leur ministère. Cpr. § 371 *bis*, note 1.

[3] Il est bien entendu que, si le mandataire avait, dans l'ignorance de la consommation de l'affaire, fait des déboursés, le mandant lui en devrait le remboursement.

[4] Cpr. § 411, texte et notes 4 à 6.

Le mandat peut être donné, soit dans l'intérêt exclusif du mandant, soit, tout à la fois, dans son intérêt et dans celui d'un tiers [5], ou du mandataire [6].

Le mandat est gratuit de sa nature; mais la promesse d'un salaire faite au mandataire, n'est pas contraire à l'essence de ce contrat [7]. Art. 1986. Cette promesse peut avoir lieu tacitement [8].

Il ne faut pas confondre avec le mandat, le conseil ou la simple recommandation, qui n'obligent celui qui les a donnés de bonne foi, ni envers la personne à laquelle ils ont été adressés, ni envers les tiers [9].

Si le caractère et les effets du mandat sont, en général, indépendants de la forme extérieure sous laquelle il a été conféré, les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers sont cependant profondément modifiés, lorsque le mandat se produit sous la forme d'une vente, d'une cession, ou d'un autre acte, par lequel le mandant investit, en apparence, le mandataire de tous les droits de propriétaire ou de maître de l'affaire.

[5] Le mandat exclusivement conféré dans l'intérêt d'un tiers, et en dehors de toute gestion d'affaires antérieurement entreprise, serait inefficace, puisque le mandant, qui n'y aurait aucun intérêt, ne pourrait en réclamer l'exécution. Cpr. L. 8, § 6, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 17. Duranton, XVIII, 201.

[6] Lorsque le mandat est donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, ce dernier est vulgairement appelé *procurator in rem suam*. Cette dénomination, empruntée au Droit romain, a, dans ce Droit, un sens tout spécial.

[7] Le mandat, en effet, conserve, malgré la stipulation d'un salaire, le caractère qui le distingue du louage de services ou d'autres contrats analogues. Cpr. en sens divers ; § 13, *Inst. de mand.* (3, 27) ; L. 1, § 4, L. 6, *proc.*, L. 7, D. *mand.* (17, 1) ; Zachariæ, § 410, texte et note 6.

[8] Zachariæ, § 410, texte et note 5. — Le salaire est censé tacitement stipulé et promis dans les mandats relatifs à des affaires dont le mandataire se charge par état ou par profession, par exemple, dans les mandats confiés à des avoués ou à des agents d'affaires, et dans les commissions données à des courtiers ou à des commissionnaires de commerce. Civ. rej., 18 mars 1818, Sir., 18, 1, 234. Civ. rej., 24 juillet 1832, Sir., 32, 1, 621. Lyon, 8 novembre 1860, Sir., 61, 2, 15. Bordeaux, 18 août 1864, Sir., 65, 2, 46. Req. rej., 5 janvier 1869, Sir., 69, 1, 81. Cpr. Bordeaux, 29 juin 1853, Sir., 53, 2, 63 ; Req. rej., 23 novembre 1858, Sir., 59, 1, 597.

[9] L. 2, § 6, D. *mand.* (17, 1). Il en serait autrement, si un conseil ou une recommandation avaient été donnés de mauvaise foi. Art. 1382 et suiv. Pothier, n°s 18 et suiv. Merlin, *Rép.*, v° Mandat, § 1, n° 5. Duranton, XVIII, 202. Zachariæ, § 410, texte et note 4. Cpr. Paris, 1er mai 1807, Sir., 7, 2, 80.

Dans ce cas, le mandataire, qui devient ce qu'on appelle un prête-nom, agissant *nomine proprio*, se trouve personnellement engagé vis-à-vis des tiers, qui n'ont aucune action directe à exercer contre le mandant. Réciproquement, c'est envers le prête-nom seul que les tiers se trouvent obligés. Il est indifférent, sous ce double rapport, que ces derniers aient connu ou non la véritable qualité de celui avec lequel ils ont traité[10].

D'un autre côté, le mandant ne peut, au regard des tiers, critiquer les actes passés par le prête-nom, sous le prétexte qu'il aurait dépassé les limites de ses pouvoirs, à moins toutefois qu'ils n'aient obtenu connaissance de l'objet et de l'étendue de son mandat.

Le prête-nom n'étant au fond qu'un mandataire, ses pouvoirs cessent par toutes les causes qui mettent fin au mandat, et notamment par le décès du mandant. D'où la conséquence, que les tiers qui, ayant eu connaissance du décès du mandant et de la véritable qualité du prête-nom, auraient malgré cela traité avec ce dernier, ne seraient pas admis à opposer aux héritiers du mandant, les actes ainsi passés[11]. Quant aux actes conclus antérieurement, les effets en restent réglés au regard des tiers, même après le décès du mandant, comme si le prête-nom avait été le véritable maître de l'affaire[12].

§ 411.

Des conditions de la validité du mandat.

1° Le mandat, dont la validité n'est subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque, peut, en général, être conféré, soit expressément, soit tacitement[1]. Art. 1985. On ne doit cependant

[10] Req. rej., 25 janvier 1864, Sir., 64, 1, 105.

[11] Civ. rej., 9 février 1848, Sir., 48, 1, 481. Voy. en sens contraire : Troplong, n°s 43 et 738.

[12] Req. rej., 25 janvier 1864, Sir., 64, 1, 105.

[1] Ce serait une erreur de conclure, par argument *a contrario* de l'al. 1er de l'art. 1985 combiné avec l'al. 2 du même article, que le mandat n'est pas susceptible d'être donné tacitement. Cet argument ne serait pas ici concluant, puisqu'il tendrait à établir une exception aux principes généraux sur la manière dont le consentement peut être manifesté. Cpr. § 40 et 343. Troplong, n°s 118 et suiv. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1372 et 1373, n°s 12 et 13 ; Colmet de Santerre, V, 349 *bis*, III ; Req. rej., 5 janvier 1863, Sir., 63, 1, 9. Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 25 et 26 ; Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1347.

pas considérer comme emportant un mandat tacite, le seul silence d'une personne qui, ayant connaissance de la gestion de ses affaires par un tiers, ne s'oppose point à cette gestion[2].

Cpr. aussi : Duranton, XVIII, 218; Delamare et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 70 et suiv. — Nous avons indiqué, au § 317, texte et notes 6 à 8, différents cas de mandat tacite à l'effet de recevoir un paiement. — La femme mariée est, en général, à considérer comme ayant mandat tacite du mari, pour les dépenses du ménage. Cpr. § 507, texte n° 7. Elle peut même, selon les circonstances, et lorsqu'elle est dans l'habitude de faire les affaires de son mari, être regardée comme ayant mandat tacite pour acheter les marchandises nécessaires à la profession ou au commerce de ce dernier, et même pour accepter les traites fournies sur lui. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII, n[os] 1 et 7. Toullier, XII, 261. Duranton, XVIII, 219. Zachariæ, § 411, note 2. Civ. rej., 2 avril 1822, Sir., 22, 1, 369. Cpr. Req. rej., 25 janvier 1821, Sir., 21, 1, 177 ; Civ. rej., 14 janvier 1826, Sir., 26, 1, 332, Bordeaux, 29 mars 1838, Sir., 38, 2, 289 ; Douai, 21 novembre 1849, *Pal.*, 1851, 2, 292 ; Nîmes, 11 août 1851, *Pal.*, 1852, 1, 225 ; Aix, 10 décembre 1864, Sir., 65, 2, 236. — Mais un domestique ne doit pas, en général, être considéré comme mandataire tacite du maître pour acheter à crédit les provisions du ménage. Civ. cass., 22 janvier 1812, Sir., 13, 1, 224. Paris, 13 septembre 1828, Sir., 29, 2, 19. Paris, 18 avril 1838, Sir., 38, 2, 218. Cpr. Duranton, XVIII, 218 et suiv. ; Zachariæ, *loc. cit.*

[2] C'est ce qui résulte de l'art. 1372, qui ne voit dans cette hypothèse qu'une simple gestion d'affaires. Le Code Napoléon s'est, sous ce rapport, écarté de la règle du Droit romain : *Qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.* L. 60, D. *de R. J.* (50, 17). Tel n'est cependant pas l'avis de M. Troplong, qui enseigne (n[os] 129 et suiv.) qu'on doit encore aujourd'hui, conformément à la maxime précitée, admettre un mandat tacite dans l'hypothèse où la gestion a été entreprise au su du maître de l'affaire. Suivant l'éminent magistrat, les termes de l'art. 1372 : *soit que le propriétaire connaisse la gestion*, ne s'appliqueraient pas à cette hypothèse, et devraient être restreints à celle où le maître de l'affaire n'aurait obtenu qu'après coup connaissance de la gestion. Il cite à l'appui de cette opinion différents textes qui établiraient, selon lui, qu'en Droit romain cette circonstance n'avait pas pour effet de transformer en mandat la simple *negotiorum gestio*. Son argumentation ne nous a pas convaincus, et nous maintenons l'opinion personnelle que nous avons émise au texte. Les lois 6, § 2, et 20, § 1, D. *mand.* (18, 1), et les lois 1 et 2, D. *de neg. gest.* (3, 5), citées par M. Troplong, n'établissent nullement la thèse spéciale qu'il soutient. Quant aux lois 6, §§ 9 et 10, 9, D. *de neg. gest.* (3, 5), et 9, C. *de neg. gest.* (2, 18), qu'il invoque également, elles sont complétement étrangères à la question, puisqu'elles s'appliquent à des hypothèses où l'action *negotiorum gestorum*, qui n'existait pas dès le principe, à raison de l'absence de l'une ou de l'autre des conditions requises pour y donner ouverture, n'a pris naissance que par suite de

Le mandat peut être donné verbalement, aussi bien que par écrit ; mais, dans le premier cas, la preuve n'en est reçue que conformément aux règles générales sur la preuve des conventions. Art. 1985. Il en est ainsi, non-seulement lorsque la question de l'existence du mandat est soulevée entre deux personnes dont l'une veut s'en prévaloir contre l'autre, comme mandant ou comme mandataire, mais encore, du moins en général, lorsqu'à l'occasion d'une contestation quelconque, l'une des parties allègue l'existence d'un mandat qui aurait été donné par l'autre à un tiers [3].

L'acte destiné à constater vis-à-vis des tiers l'existence d'un mandat peut, en général, être passé, soit en forme authentique, soit sous seing privé [4].

Il est cependant des cas dans lesquels la loi exige explicitement une procuration authentique [5].

D'un autre côté, la procuration donnée à l'effet de passer un

la ratification de celui au nom duquel la gestion avait été entreprise. A notre avis, il faut, au point de vue du Droit romain, distinguer entre les actes consommés avant que le maître n'ait eu connaissance de la gestion, et ceux que le gérant n'aurait accomplis que depuis cette connaissance acquise. Si les premiers restent, sans contredit, soumis aux règles de la gestion d'affaires, il n'en est plus de même des seconds, qui, d'après la maxime *Sola patientia inducit mandatum*, doivent être considérés comme faits en vertu d'un mandat tacite. Or, cette solution n'est évidemment plus compatible avec l'art. 1372, alors même qu'on admettrait l'interprétation qu'en donne M. Troplong. On ne peut donc se refuser à voir dans cet article une innovation législative : et cette innovation, restreinte au cas particulier où le maître aurait, dans le cours seulement de la gestion, obtenu connaissance de celle-ci, serait une véritable inconséquence. Pour l'expliquer d'une manière rationnelle, il faut, en la généralisant, admettre que, dans la pensée des rédacteurs du Code, le simple silence du maître ne suffit pas pour emporter mandat. Les termes de l'art. 1372 résistent d'ailleurs à toute distinction, et les travaux préparatoires du Code ne fournissent pas d'indications assez précises pour permettre de restreindre la portée de cet article. Larombière, *Des obligations*, V, p. 567, n° 13. Cpr. Bordeaux, 29 juillet 1857, Sir., 58, 2, 65.

[3] Civ. cass., 7 mars 1860, Sir., 60, 1, 542. Metz, 10 janvier 1867, Sir., 67, 2, 313. Civ. rej., 7 décembre 1868, Sir., 69, 1, 160. Cpr. Req. rej., 10 juin 1841, Sir., 41, 1, 861 ; Req. rej., 7 mars 1842, Sir., 42, 1, 207. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 145.

[4] Civ. cass., 6 février 1837, Sir., 37, 1, 201. — Cpr. sur le mandat donné à l'effet, soit d'accepter une succession sous bénéfice d'inventaire, soit d'y renoncer : § 612, note 9 ; § 613, note 7.

[5] Cpr. art. 36, 66, 933 du Code Napoléon ; art. 216 et 218 du Code de procédure.

acte que la loi soumet à l'authenticité, en vue de garantir la pleine liberté et l'entière indépendance de celui au nom duquel il doit être fait, est elle-même assujettie à la forme authentique[6]. C'est ainsi que le mandat de constituer une hypothèque, ou de représenter l'un des futurs époux dans son contrat de mariage, doit être constaté par une procuration authentique[7].

2° La capacité requise pour pouvoir conférer un mandat se détermine d'après la nature de l'affaire qui en forme l'objet. Si cette affaire consiste dans un acte d'administration, le mandat pourra être conféré par toute personne ayant l'administration de sa fortune, par exemple, par un mineur émancipé. Si, au contraire, il s'agit d'un acte de disposition, le mandat ne pourra être donné que par une personne capable de disposer de ses biens.

Le mandat peut être valablement conféré même à une personne incapable de s'obliger[8], en ce sens que, malgré l'incapacité du mandataire, le mandant se trouvera lié, par l'exécution du mandat, tant envers ce dernier qu'envers les tiers avec lesquels il aura contracté, et que, réciproquement, les tiers seront liés envers le mandant[9]. Mais l'incapable, qui a accepté un mandat, peut en opposer la nullité, lorsqu'il est recherché, soit pour inexécution des obligations résultant de ce contrat, soit en reddition de compte, sauf l'action de *in rem verso* qui, dans ce dernier cas, peut appartenir au mandant. Art. 1990[10]. Du reste, l'incapable qui aurait

6 Art. 933. Loi du 21 juin 1843, art. 2. Loi du 23 mars 1855, art. 9, et arg. de ces articles.

7 Cpr. § 266, texte n° 2, et note 49; § 502, texte n° 1, et note 1.

8 Cpr. cep. art. 1028, 1029 et 1030.

9 Rouen, 27 février 1855, Sir., 56, 2, 22.

10 Quoique l'art. 1990 ne parle que des mineurs émancipés, il ne faut pas en conclure, par arg. *a contrario*, qu'un mandat ne puisse pas être valablement conféré à un mineur non émancipé. Cet article n'a point été rédigé dans un esprit d'exclusion ; il a bien moins pour objet d'énumérer les personnes capables de recevoir un mandat, que de déterminer les effets de l'acceptation du mandat conféré à une personne jouissant de l'administration de sa fortune, sans en avoir la disposition. Le législateur paraît, dans cette circonstance, avoir été préoccupé de la crainte qu'on n'envisageât comme un simple acte d'administration, l'acceptation d'un mandat qui aurait pour objet un acte de cette nature, et qu'ainsi, on ne considérât comme valablement obligés par suite de cette acceptation, et le mineur émancipé, et la femme mariée qui se serait réservé l'administration de ses biens. Cpr. Delvincourt, III, p. 239 ; Duranton, XVIII, 212 ; Troplong, 332 ; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, I, 54 et 55 ; Zachariæ, § 411,

frauduleusement détourné les objets que le mandant lui avait confiés, pourrait être recherché en dommages-intérêts à raison du délit par lui commis[11].

3° Tout acte juridique est susceptible d'être l'objet d'un mandat, à moins que, d'après sa nature ou en vertu d'une disposition de la loi, il ne puisse être fait que par la personne qu'il intéresse[12].

Un mandat n'est valable, qu'autant que l'affaire qui en forme l'objet, est licite en elle-même[13], et ne se trouve pas interdite au mandant.

Mais rien n'empêche qu'une personne à qui la loi défend de faire certains actes pour son propre compte, ne reçoive mandat de les faire au nom et pour le compte d'un tiers[14].

§ 412.

Des diverses espèces de mandats, sous le rapport de leur étendue.

Le mandat est général, lorsque, d'une part, il embrasse toutes les affaires du mandant, et que, d'autre part, il confère au mandataire le pouvoir de faire, au nom et pour le compte de ce dernier, tous les actes juridiques susceptibles d'être accomplis par un mandataire. Le mandat qui ne présente pas ce double caractère, n'est que spécial, quelle qu'en soit d'ailleurs l'étendue. Ainsi, est spécial le mandat relatif à toutes les affaires du mandant, mais qui ne confère au mandataire que des pouvoirs limités à certains actes juridiques d'une nature déterminée. Il en est de même du mandat qui confère au mandataire des pouvoirs illimités sous le rapport des actes juridiques qu'il est autorisé à faire, mais qui ne s'applique qu'à une ou plusieurs affaires déterminées. Art. 1987.

Le mandat de gérer, soit toutes les affaires, soit certaines affaires du mandant, n'embrasse que les actes d'administration, lorsqu'il

texte et note 3; Rouen, 27 février 1855, Sir., 56, 2, 22. Voy. en sens contraire : De Fréminville, *De la minorité*, II, 941 *ter*.

[11] Art. 1310. Code pénal, art. 408.

[12] C'est ce qui a lieu, par exemple, pour la célébration du mariage (cpr. § 466, note 8), et pour la prestation d'un serment. Code de procédure, art. 121. Voy. aussi : Code de procédure, art. 877.

[13] Turin, 12 décembre 1807, Sir., 7, 2, 716.

[14] Ainsi le mandataire chargé de vendre certains objets peut, quoiqu'il lui soit interdit de les acheter pour lui-même, recevoir mandat de les acheter pour le compte d'un tiers. Duranton, XVIII, 207.

est conçu en termes généraux ; peu importe que ces termes confèrent simplement au mandataire le pouvoir de faire tout ce qui lui semblera convenable aux intérêts du mandant, ou qu'ils lui donnent même la faculté de faire tout ce que le mandant serait lui-même habile à faire[1]. Art. 1988, al. 1[2].

Le pouvoir à l'effet de passer ou de faire des actes de disposition, ne peut résulter que d'un mandat exprès, c'est-à-dire d'un mandat qui autorise le mandataire, en termes formels, à passer ou à faire tels ou tels actes rentrant dans cette catégorie. Art. 1988, al. 2.

Mais il n'est pas nécessaire qu'un pareil mandat indique, d'une manière particulière et déterminée, l'affaire ou les affaires qui devront en faire l'objet. Ainsi, le mandat de vendre les immeubles du mandant, de constituer des hypothèques, ou de contracter des emprunts, est suffisant pour autoriser le mandataire à passer des actes de cette nature, bien qu'il n'indique pas nominativement les immeubles à vendre ou à donner en hypothèque, et qu'il ne fixe pas le montant de la somme à emprunter[3]. Il en serait cependant autrement du mandat conféré dans ces termes par une femme mariée, soit à son mari, soit à un tiers avec l'autorisation de ce dernier[4].

Lorsque la loi exige, pour la passation d'un acte, un mandat spécial, ce mandat doit nominativement indiquer l'affaire en vue de laquelle il est donné[5]. Il serait insuffisant, si, tout en déterminant la nature de l'acte à passer, il laissait au mandataire la liberté de faire usage de son pouvoir toutes les fois que l'occasion s'en présenterait.

[1] *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, XV, p. 227, n° 2). Zachariæ, § 413, texte et note 5.

[2] Il ne faut pas confondre le mandat général avec ce que l'art. 1988 appelle *un mandat conçu en termes généraux*. Un mandat relatif seulement à une ou plusieurs affaires déterminées, et par conséquent spécial de sa nature, peut être conçu en termes généraux; et d'un autre côté, le mandat, quoique relatif à toutes les affaires du mandant, n'est que spécial, s'il a été conçu en termes généraux, puisqu'il est restreint aux actes d'administration.

[3] Pont, I, 900. Civ. rej., 6 décembre 1858, Sir., 59, 1, 678. Req. rej., 6 février 1861, Sir., 62, 1, 72. Cpr. Req. rej., 18 mars 1840, Sir., 40, 1, 201.

[4] Voy. sur ce point : § 472, texte n° 6.

[5] Cpr. art. 36, 66, 412 et 1356; Code de procédure, art. 198, 216, 352 et 556.

Le mandat de faire les actes d'administration, autorise notamment le mandataire à louer, pour la durée ordinaire des baux, les choses dont la gestion lui est confiée[6], à passer les conventions nécessaires pour leur entretien ou leur exploitation, à intenter les actions possessoires et celles qui tendraient à interrompre une prescription, à poursuivre le remboursement des créances et à en donner décharge, enfin, à aliéner les récoltes, ainsi que les autres choses mobilières qui, d'après leur nature, sont destinées à être vendues, ou se trouvent sujettes à dépérissement[7].

Mais ce mandat ne confère pas le pouvoir d'accepter ou de répudier une succession, ni celui de provoquer le partage de choses indivises entre le mandant et des tiers, ni, en général, celui d'intenter des actions réelles immobilières[8].

Le mandat spécial de faire certains actes d'une nature déterminée doit être restreint aux actes pour lesquels il a été donné, et ne peut être étendu à d'autres actes analogues, ni même à des actes qui pourraient, jusqu'à un certain point, être envisagés comme une suite naturelle de ceux que le mandataire a été chargé de faire. Ainsi, le pouvoir de transiger ne donne pas celui de compromettre[9], et le pouvoir de vendre n'emporte pas celui d'hypothéquer. Ainsi encore, le pouvoir de vendre un immeuble ne confère pas, en général, celui d'en toucher le prix. Art. 1989 et arg. de cet article[10].

Toutefois, le pouvoir de conclure une affaire déterminée, autorise le mandataire à faire tous les actes juridiques, qui d'après la

[6] Arg. art. 595 et 1718 cbn. art. 1429. Zachariæ, § 413, texte et note 4. Cpr. Paris, 27 novembre 1813, Sir., 15, 2, 61 ; Req. rej., 28 janvier 1868, Sir., 68, 1, 174.

[7] Duranton, XVIII, 229. Zachariæ, § 413. Bruxelles, 21 décembre 1809, Sir., 7, 2, 988.

[8] Arg. art. 464 et 465. Zachariæ, § 413. Cpr. Bruxelles, 13 février 1809, Sir., 10, 2, 531 ; Aix, 10 juin 1833, Sir., 33, 2, 643.

[9] Cpr. Zachariæ, § 413, note 6 ; Aix, 6 mai 1812, Sir., 13, 2, 205.

[10] Cpr. Paris, 21 avril 1806, Sir., 6, 2, 473 ; Turin, 2 février 1811, Sir., 11, 2, 415; Bourges, 19 décembre 1821, Sir., 24, 2, 9; Bordeaux, 22 janvier 1827, Sir., 27, 2, 65; Pau, 17 mars 1829, Sir., 30, 2, 15; Bordeaux, 21 décembre 1832, Sir., 33, 2, 205; Req. rej., 19 février 1834, Sir., 34, 1, 748; Req. rej., 22 avril 1834, Dalloz, 1834, 1, 228; Req. rej., 26 mars 1834, Sir., 34, 1, 760. Douai, 13 mai 1836, Sir., 36, 2, 450; Req. rej., 1er avril 1839, Sir., 39, 1, 379; Rouen, 9 novembre 1839, Sir., 40, 2, 80; Rouen, 26 janvier 1853, Sir., 55, 2, 663. Voy. cep. Paris, 17 mars 1829, Sir., 29, 2, 17.

nature de cette affaire, s'y trouvent virtuellement compris, comme moyens d'exécution ou comme suites nécessaires du mandat[11].

§ 413.

Des obligations du mandataire.

1° Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat, et d'apporter à la gestion de l'affaire ou des affaires dont il s'est chargé, les soins d'un bon père de famille. Art. 1992, al. 1, cbn. 1137. Il est responsable envers le mandant du dommage qu'il peut lui avoir occasionné, soit par l'inexécution totale ou partielle du mandat, soit par les fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Art. 1991 et 1992, al. 1[1]. Sa responsabilité doit être appréciée moins rigoureusement, lorsque le mandat est gratuit, que quand il est salarié[2]. Art. 1992, al. 2. Du reste, le mandataire n'est pas admis à compenser, avec les pertes qu'il a fait éprouver au mandant, les profits que, d'un autre côté, il peut lui avoir procurés[3].

2° Le mandataire doit se renfermer dans les limites de ses pouvoirs. S'il les dépasse, il devient, selon les circonstances, passible de dommages-intérêts, soit envers le mandant, soit même envers les tiers avec lesquels il traite.

3° Le mandataire doit rendre compte de sa gestion[4], et faire état au mandant de tout ce qu'il a reçu par suite du mandat.

Il doit même compte des sommes qui, n'étant pas réellement dues au mandant, auraient été indûment payées. Art. 1993. Mais cette règle ne serait plus applicable au cas où, par suite d'une erreur matérielle commise dans la numération des espèces, le mandataire, un garçon de caisse par exemple, aurait reçu une somme supérieure à celle qu'il était chargé de toucher et que l'on a entendu lui payer[5].

[11] Duranton, XII, 51. Zachariæ, § 413, texte et note 7. Cpr. Pothier, *Des obligations*, n° 477 ; Larombière, *Des obligations*, III, p. 88, n° 6.

[1] Cpr. Paris, 29 mars 1811, Sir., 11, 2, 217 ; Aix, 23 avril 1813, Sir., 13, 2, 277; Paris, 26 novembre 1816, Sir., 17, 2, 236.

[2] Le mandataire qui ne doit recevoir aucun salaire, ou qu'un salaire très-modique, ne peut, par ce motif, être affranchi de toute responsabilité. Zachariæ, § 413, note 3, *in fine*. Civ. cass., 2 janvier 1832, Sir., 32, 1, 319.

[3] Arg. art. 1850. Duranton, XVIII, 244.

[4] Cpr. cep. Req. rej., 11 janvier 1843, Sir., 43, 1, 443.

[5] Req. rej., 10 juin 1868, Sir., 68, 1, 432.

Le mandataire qui a employé à son usage personnel, des deniers appartenant au mandant, en doit, de plein droit, les intérêts à compter du jour de cet emploi[6]. Art. 1996. Il peut même, selon les circonstances, être condamné à de plus amples dommages-intérêts, si, en retenant des deniers qu'il avait reçus pour en faire un usage déterminé, il a négligé d'exécuter le mandat à lui confié[7]. Quant au reliquat dont le mandataire se trouve débiteur par suite de sa gestion, il n'en doit les intérêts qu'à partir de sa mise en demeure[8]. Art. 1996.

Lorsqu'un mandat a été donné à plusieurs personnes conjointement, il n'y a pas, à moins de convention contraire, de solidarité entre elles[9]. Art. 1995.

Quand la solidarité a été stipulée, chacun des mandataires répond, *in totum et totaliter*, des suites de l'inexécution du mandat, et même des conséquences des fautes commises par ses co-mandataires[10]. Mais, dans ce cas-là même, l'un des mandataires n'est

[6] Cpr. Civ. rej., 19 décembre 1853, Sir., 54, 1, 701. — Ces intérêts ne se prescrivent point par cinq ans. *Nec obstat* art. 2277. Cpr. § 774.

[7] *Nec obstat* art. 1153, al. 1. Par exemple, si le mandataire avait employé à son propre usage des deniers destinés à acquitter une dette du mandant, et qu'à défaut de paiement ce dernier eût été poursuivi par le créancier, il lui serait dû, à raison des frais de la poursuite, des dommages-intérêts indépendants de l'intérêt légal de la somme remise au mandataire. Duranton, XVIII, 246.

[8] Cette mise en demeure peut résulter d'une simple sommation. Art. 1139. *Nec obstat* art. 1153, al. 3 : Le mandataire qui ne paie pas le reliquat de son compte, après avoir été sommé de le faire, doit être présumé avoir employé à son usage personnel les deniers du mandant. Duranton, XVIII, 248. Zachariæ, § 413, note 11. Cpr. Bourges, 13 avril 1840, Sir., 40, 2, 527. Mais la mise en demeure ne résulterait pas d'une simple demande en reddition de compte, qui n'aurait pas été accompagnée de conclusions tendant au paiement des intérêts du reliquat. Req. rej., 20 avril 1863, Sir., 63, 1, 416.

[9] L'art. 1033 apporte une exception à cette règle. Voy. aussi sur le cas de faute commune et concertée entre les co-mandataires : Paris, 28 avril 1836, Sir., 36, 2, 263; Civ. cass., 29 décembre 1852, Sir., 53, 1, 91; Req. rej., 3 mai 1865, Sir., 65, 1, 251.

[10] Cette proposition n'est pas contraire à l'art. 1205 et aux explications que nous avons données sur cet article (§ 298 *ter*, texte n° 3, notes 29 et 30). Le mandat impose *ab initio*, et par sa nature même, au mandataire, l'obligation d'accomplir, d'une manière régulière et complète, les actes qui en forment l'objet. Et les dommages-intérêts auxquels le mandant peut avoir droit en raison de l'inexécution du mandat ou de son exécution fautive, ne sont pas la conséquence d'une obligation nouvelle et secondaire, mais la représentation de l'obligation

pas responsable de ce que l'autre peut avoir fait en dehors des limites du mandat [11].

Au cas où la solidarité n'a pas été stipulée, chacun des mandataires ne répond que des fautes ou des faits qui lui sont personnels [12]. Quant aux dommages-intérêts qui peuvent être dus par suite de l'inexécution du mandat, chacun des mandataires en est tenu pour une portion virile, et n'en est tenu que pour cette portion. Si cependant, d'après les termes d'un mandat conféré à plusieurs personnes, l'un des mandataires ne pouvait agir sans le concours des autres [13], celui qui, par son refus de coopérer à l'exécution du mandat, aurait occasionné un dommage au mandant, serait seul passible de dommages-intérêts envers ce dernier, et il en serait tenu pour le tout.

4° Le mandataire est, en général, autorisé à charger un tiers de l'exécution du mandat [14].

originaire et principale du mandataire. Il en résulte que, si le mandat a été solidairement conféré à plusieurs, chacun des mandataires est tenu *in totum* des dommages-intérêts, tout comme les débiteurs solidaires d'un corps certain sont, en cas de perte causée par la faute de l'un d'eux, tenus *in solidum* de payer le prix de la chose. L. 60, § 2, D. *mand.* (17, 2). Cujas, lib. I, *Resp. Scævolæ, ad dict. leg.*

[11] Civ. cass., 6 avril 1841, Sir., 41, 1, 592.

[12] Aix, 29 décembre 1843, Sir., 44, 2, 447.

[13] Cpr. à cet égard, art. 1857 et 1858. Zachariæ, § 413, texte et note 12.

[14] Maleville, sur l'art. 1994. Zachariæ, § 413, texte et note 13.— M. Troplong (n° 446) conteste l'exactitude de cette proposition, qui renverse, selon lui, la vérité de la situation, en ce qu'elle signale comme un droit, *un agissement* que la loi ne tolère qu'aux risques et périls du mandataire. « Si ce dernier, dit-il, « usait d'un droit, il ne serait pas responsable des faits du substitué (arg. du « n° 2 de l'art. 1994). C'est parce qu'il s'écarte de ses devoirs que la loi l'identifie avec le substitué, et fait peser sur lui tous les écarts de conduite de ce « dernier. » Suivant M. Troplong, le mandataire manquerait à une loi essentielle de la convention, en déléguant à un étranger un office qui n'avait été confié qu'à lui seul et en vue de sa personne ; et c'est en raison de la faute qu'il commettrait par le fait même de la substitution, qu'il devrait la réparation de tout le dommage occasionné par la mauvaise gestion de son substitué. Cette théorie n'est pas celle du Droit romain. Voy. L. 8, § 3, D. *mand.* (17, 1); L. 28, D. *de neg. gest.* (3, 5); L. 2, *in fine*, D. *si mensor fal. mod. dix.* (11, 6). Il ressort évidemment de tous ces textes que le mandataire jouit, en général, de la faculté de substituer; et c'est aussi ce qu'enseignent les romanistes modernes les plus accrédités. Cpr. Hofacker, *Principia juris civilis*, III, § 2011; Thibaut, *System des Pandektenrechts*, III, § 267; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, II,

Mais il répond de la personne qu'il s'est substituée, lorsqu'il n'a pas expressément reçu le pouvoir de le faire, ou lorsque,

§ 429; Puchta, *Pandekten*, § 324. La doctrine de M. Troplong n'est pas davantage celle du Droit canonique. Voici en effet ce que nous lisons dans une décrétale du pape Boniface VIII : « Procurator non aliter censetur idoneus ad matri« monium contrahendum, quam si ad hoc mandatum habuerit speciale. *Et, quam-* « *vis alias is qui constituitur ad negotia procurator alium dare possit,* in hoc tamen « casu non poterit deputare alium, nisi hoc eidem specialiter sit concessum. » *Cap. ult. de procur. in sexto* (I, 19). Pothier (nos 90 et 99) professait, il est vrai, la doctrine que M. Troplong cherche à faire prévaloir. Mais Pothier avait le mérite d'être conséquent : partant de l'idée que le mandataire qui n'a pas reçu pouvoir de substituer, doit être considéré comme ayant excédé les limites du mandat, lorsqu'il a fait, non par lui-même, mais par un autre, l'affaire dont il était chargé. Pothier n'hésite pas à dire que ce qui a été ainsi fait n'oblige pas le mandant, s'il ne juge à propos de le ratifier. M. Troplong, au contraire, répudie formellement cette conséquence, qu'il n'était plus possible d'admettre en présence de l'art. 1994 et de la discussion à laquelle il a donné lieu au Conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, XV, p. 223, n° 7. Il reconnaît ainsi virtuellement que le mandataire n'excède pas, en substituant, les limites du mandat, ou, ce qui revient absolument au même, que, sauf la responsabilité à laquelle il se soumet, il est autorisé à substituer. Or, nous ne disons pas autre chose, car nous ajoutons immédiatement : *Mais il répond de la personne qu'il s'est substituée.* Maintenant serait-il vrai de dire, avec M. Troplong, que le fondement de la responsabilité encourue par le mandataire qui substitue sans avoir reçu pouvoir de le faire, se trouve dans la faute que constituerait le fait même de la substitution? Nous pourrions le concéder sans rien reprendre de ce que nous avons dit ; mais, cette concession même, nous ne croyons pas devoir la faire. Il ressort de toute la discussion au Conseil d'État sur l'art. 1994, qu'on a entendu autoriser le mandataire à substituer. Or, il ne saurait y avoir de faute à faire ce que la loi autorise. Ce n'est donc pas dans une prétendue faute, qui ne se comprendrait pas, qu'il faut chercher le fondement de la responsabilité du mandataire. C'est dans l'acceptation du mandat qu'elle réside, dans l'obligation d'exécuter le mandat accepté et de rendre compte de son exécution. Il ne faut pas, en effet, perdre de vue que, si le mandataire est autorisé à substituer, il ne peut cependant, par la substitution, se décharger du mandat. Ce sont là deux idées complétement distinctes : la remarque en a été faite avec beaucoup de justesse par Treilhard. Le mandataire reste donc soumis, même après la substitution, à toutes les obligations résultant du mandat qu'il a accepté ; et c'est dans ces obligations que se trouve la cause de sa responsabilité, parce que, en l'absence d'un pouvoir exprès de substituer, le substitué n'est, relativement au mandant, que le préposé du mandataire, préposé dont ce dernier doit nécessairement répondre, conformément au Droit commun. Art. 1384. Le mandataire, au contraire, a-t-il reçu un pouvoir exprès de substituer, le substitué devient alors l'agent du mandant,

ayant reçu ce pouvoir sans désignation de la personne qu'il pourrait se substituer, il a fait choix d'un individu notoirement incapable ou insolvable. Art. 1994, al. 1er.

Le mandant a, dans tous les cas, une action personnelle et directe contre le substitué, à raison des obligations que ce dernier a contractées par le sous-mandat qu'il a reçu. Il en résulte que le substitué qui a agi en cette qualité, ne peut compenser les sommes dont il doit compte au mandant originaire avec celles dont il peut être créancier du substituant[15]. Mais il en serait autrement, si, dans l'ignorance du mandat originaire, le substitué avait agi au nom et pour le compte du substituant[16].

Le substitué, de son côté, jouit, par suite de l'exécution du mandat, d'une action personnelle et directe contre le mandant[17]. Art. 1994, al. 2, et arg. de cet article.

Du reste, les rapports qui se forment entre le mandataire et la personne qu'il se substitue, sont régis par les mêmes règles que les rapports qui existent entre le mandant et le mandataire[18].

§ 414.

Des obligations du mandant.

1° Le mandant est tenu de rendre le mandataire indemne de toutes les suites de la gestion qui formait l'objet du mandat[1],

agent des faits duquel le mandataire n'est pas responsable, à moins qu'il n'ait commis une faute dans l'exécution du mandat de substituer, en faisant choix d'une personne notoirement incapable ou insolvable. C'est dans ce dernier cas seulement que la responsabilité du mandataire repose sur une idée de faute. Cette idée est complétement inexacte, en tant qu'on voudrait l'appliquer à la première hypothèse.

15 Req. rej., 20 avril 1859, Sir., 59, 1, 298. Voy. aussi : Delvincourt, sur l'art. 1999; Zachariæ, § 413, texte et note 15.

16 Lyon, 7 décembre 1859, Sir., 60, 2, 206.

17 Le Droit romain ne reconnaît pas l'existence d'un rapport obligatoire direct entre le mandant et le substitué, pour le cas du moins où le mandataire n'a pas été expressément autorisé à déléguer ses pouvoirs. L. 28, D. *deneg. gest.* (3,5).

18 Zachariæ, § 413, texte et note 16. Cpr. Paris, 10 novembre 1812, Sir., 13, 2, 302.

1 Le mandat donné par un fonctionnaire public, à raison de ses fonctions, par exemple, la commission donnée à un huissier par un receveur d'enregistrement, de poursuivre des redevables, n'engendre pas d'action personnelle contre le mandant. Req. rej., 24 mars 1825, Sir., 26, 1, 201.

pourvu que ce dernier ait apporté les soins convenables à cette gestion, et qu'il n'ait pas dépassé les limites de ses pouvoirs. Le mandant doit donc, dans cette supposition, rembourser au mandataire les sommes, que celui-ci a dépensées pour l'exécution du mandat, avec les intérêts à compter du jour de leur emploi[2], et le libérer des engagements qu'il peut, dans le même but, avoir contractés envers des tiers, en son nom personnel. Art. 1999, al. 1, et 2001[3]. Il doit, de plus, indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a éprouvées à l'occasion de sa gestion[4], sans imprudence qui lui soit imputable. Art. 2000.

Le mandant ne peut se refuser à l'accomplissement de ces diverses obligations, par le motif que la gestion du mandataire ne lui a pas été profitable, ni demander, en général, la réduction des avances ou déboursés faits par ce dernier, sous le prétexte qu'ils auraient pu être moindres[5]. Art. 1999, al. 2.

2° Le mandant est tenu de payer au mandataire, le salaire qu'il lui a promis[6], ou qui peut lui être dû indépendamment de toute promesse expresse, lors même que l'affaire dont le mandataire a

[2] Ces intérêts ne sont pas soumis à la prescription de cinq ans. *Nec obstat* art. 2277 : Cpr. § 774.

[3] Les notaires qui ont payé de leurs deniers les droits d'enregistrement des actes qu'ils ont faits ou reçus, sont-ils autorisés à invoquer la disposition de l'art. 2001 ? Voy. pour l'affirmative : Pont, *Revue critique*, 1853, III, p. 259. Voy. pour la négative : Troplong, n° 684 ; Larombière, *Des obligations*, I, p. 592, n° 33 ; Civ. rej., 30 mars 1830, Sir., 30, 1, 131 ; Req. rej., 24 juin 1840, Sir., 40, 1, 503 ; Civ. cass., 18 mars 1850, Sir., 50, 1, 381. Nous n'hésitons pas à adopter cette dernière solution, par le motif qu'il ne se forme pas de contrat de mandat entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère. Cpr. § 410, note 2. — Voy. quant aux avoués : Civ. cass., 23 mars 1819, Sir., 19, 1, 327 ; Douai, 29 décembre 1852, Sir., 53, 2, 559.

[4] D'après le Droit romain, le mandataire ne peut réclamer d'indemnité que pour les pertes dont l'exécution du mandat a été la cause directe et immédiate. Cpr. L. 26, § 6, D. *mand.* (17, 1). La disposition du Code, qui accorde au mandataire une indemnité pour toutes les pertes qu'il a éprouvées à l'*occasion* de sa gestion, est plus équitable, surtout lorsqu'il s'agit d'un mandat gratuit. Duranton, XVIII, 269. Troplong, n°s 654 et suiv. Cpr. Zachariæ, § 414, note 7.

[5] L. 27, § 4, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 78. Duranton, XVIII, 266. Zachariæ, § 414, note 5. Cpr. Civ. rej., 19 janvier 1831, Sir., 31, 1, 157 ; Paris, 18 avril 1836, Sir., 36, 2, 503.

[6] Cpr. Bordeaux, 5 février 1827, Sir., 27, 2, 102.

été chargé n'a pas réussi, à moins toutefois qu'il n'y ait eu faute de la part de ce dernier[7]. Art. 1999.

Les tribunaux sont autorisés à réduire le salaire stipulé, lorsque, par suite de circonstances ultérieures, et notamment d'une transaction conclue par le mandant sans le concours du mandataire, les démarches et les soins de ce dernier se sont trouvés amoindris[8].

Mais on ne saurait leur reconnaître le pouvoir de réduire le salaire promis, sous le seul prétexte qu'il serait excessif. Il en est ainsi, en principe, même pour le mandat conféré à un agent d'agent d'affaires, à supposer d'ailleurs que le salaire ait été consenti en pleine liberté et connaissance de cause, et qu'il n'y ait à reprocher au mandataire, ni réticence coupable, ni manœuvre dolosive à un degré quelconque[9]. Dans l'hypothèse contraire, la réduction du salaire pourrait être prononcée, bien que l'agent d'affaires se fût chargé de poursuivre les droits du mandant à ses risques et périls[10].

Lorsqu'un mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune[11], chacun des mandants est tenu solidairement envers lui de toutes les obligations qui naissent en sa faveur de l'exécution du mandat[12]. Art. 2002.

[7] Le mandataire dont le mandat est révoqué, cesse d'avoir droit pour l'avenir au salaire promis, encore qu'il continue à soigner les affaires du mandant, et qu'il les gère utilement. Zachariæ, § 414, note 9. Bruxelles, 24 février 1810. Sir., 11, 2, 54. Cpr. Req. rej., 11 mars 1824, Sir., 25, 1, 133.

[8] Civ. rej., 9 mai 1866, Sir., 66, 1, 273.

[9] Demolombe, *Revue de législation*, 1846, II, p. 445. Domenget, I, 152. Voy. en sens contraire: Troplong, n° 632; Req. rej., 11 mars 1824, Sir., 25, 1, 133; Paris, 20 novembre 1854, Sir., 54, 2, 688; Req. rej., 7 février 1855, Sir., 55, 1, 530; Paris, 12 janvier 1856, Sir., 56, 2, 293; Bordeaux, 12 février 1857, Sir., 58, 2, 554; Paris, 17 mai 1867, Sir., 68, 2, 5. Cette jurisprudence nous paraît contraire au principe de la liberté des conventions, et à la disposition du 1[er] alinéa de l'art. 1134.

[10] Req. rej., 18 avril 1855, Sir., 55, 1, 527. Req. rej., 12 janvier 1863, Sir., 63, 1, 249. Cpr. en particulier sur le mandat conféré à un agent d'affaires, pour poursuivre la reconnaissance et la liquidation de droits successifs, dont il a révélé l'existence au mandant: Civ. rej., 7 mai 1866, Sir., 66, 1, 276; Paris, 17 mai 1867, Sir., 68, 2, 5.

[11] Cpr. Req. rej., 12 mars 1833, Sir., 33, 1, 302; Req, rej., 7 février 1866, Sir., 66, 1, 93.

[12] C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque plusieurs personnes chargent un avoué de les représenter dans un procès qui leur est commun. Zachariæ, § 414, note 11. Orléans, 26 juillet 1827, Sir., 28, 2, 159. Grenoble, 23 mars 1829,

§ 415.

Des rapports du mandant et du mandataire avec les tiers.

1° Les actes juridiques faits par le mandataire, dans les limites de ses pouvoirs, et au nom du mandant, doivent être considérés comme ayant été faits par ce dernier personnellement. Il en résulte que les droits et les obligations qui naissent de conventions ainsi passées par le mandataire, sont directement acquis au mandant, et le lient personnellemeut envers les tiers avec lesquels le mandataire a traité. Il en résulte, d'un autre côté, que le mandataire ne peut, ni réclamer, en son nom propre, l'exécution de pareilles conventions, ni être personnellement recherché pour leur exécution. Art. 1998, al. 1er, et arg. de cet article.

Ce principe doit être appliqué même au cas où une condamnation a été prononcée contre le mandataire en cette qualité : une pareille condamnation est exécutoire contre le mandant [1].

Un acte est, en ce qui concerne les tiers, censé fait dans les limites du mandat, lorsqu'il rentre dans les termes de la procuration, quand même le mandataire aurait, en raison de circonstances inconnues à ceux avec lesquels il a traité, excédé en réalité les bornes de ses pouvoirs [2].

Sir., 29, 2, 296. Toulouse, 15 novembre 1831, Sir., 32, 2, 393. — En est-il de même lorsque plusieurs personnes chargent un notaire de rédiger un acte relatif à une affaire qui leur est commune? La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative, en partant de la supposition qu'il se forme, entre le notaire et les parties qui ont recours à son ministère, un contrat de mandat. Voy. Civ. cass., 27 janvier 1812, Sir., 12, 1, 198 ; Civ. cass., 26 juin 1820, Sir., 20, 1, 409 ; Civ. cass., 19 avril 1826, Sir., 26, 1, 396 ; Civ. cass., 10 novembre 1828, Sir., 29, 1, 79. Voy. aussi dans ce sens : Zachariæ, *loc. cit.* Cette supposition nous paraît erronée. Cpr. § 371 *bis*, note 1 ; et § 410, note 2. Elle se concilie d'ailleurs difficilement avec la solution donnée par la Cour suprême à la question indiquée à la note 3, *supra*. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation peut se justifier par cette idée que le notaire agit pour le tout dans l'intérêt de chacune des parties.

[1] Bordeaux, 11 juillet 1866, Sir., 67, 2, 44.

[2] Par exemple, lorsqu'une procuration porte pouvoir d'emprunter mille francs au nom du mandant, et que le mandataire, après avoir emprunté mille francs de Pierre, en emprunte encore mille de Jacques, sans que celui-ci ait connaissance du premier emprunt, le mandant est obligé tant envers Jacques qu'envers Pierre. Pothier, n° 89. Voy. aussi Req. rej., 16 août 1860, Sir., 61, 1, 288.—Cpr. § 756, texte n° 1, sur le mandat donné sous forme de blanc-seing.

Il en est autrement, lorsque, par suite d'une erreur non imputable au mandant, et dont il n'a pu avoir connaissance, la copie ou l'expédition de la procuration n'est pas conforme à la minute. En pareil cas, le mandant n'est pas lié par les engagements contractés en son nom, en dehors des pouvoirs réellement conférés au mandataire, et ne peut être recherché en dommages-intérêts pour le préjudice que les tiers auraient éprouvé [3].

2° Les actes juridiques faits au nom du mandant, mais en dehors des limites du mandat, doivent, à moins de ratification [4], expresse ou tacite, de la part de ce dernier, être considérés comme non avenus [5] à son égard [6]. Art. 1998, al. 2.

L'appréciation des faits et circonstances de nature à emporter ratification tacite est abandonnée à la prudence des tribunaux [7].

La ratification, faite sans réserves, rend le mandant non recevable à actionner le mandataire en dommages-intérêts à raison des retards ou des changements apportés à l'exécution du mandat [8].

Du reste, la ratification profite à celui avec lequel le mandataire a traité, bien qu'il n'y soit pas intervenu [9]; mais elle ne peut jamais préjudicier aux droits acquis à des tiers *ex intervallo* [10].

L'inefficacité des actes faits par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, ne donne lieu à aucun recours en garantie ou en indemnité contre ce dernier, de la part des tiers avec lesquels il a traité, lorsqu'il leur a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs [11],

[3] Zachariæ, § 415, note 3. Amiens, 11 mai 1854, Sir., 55, 2, 186.

[4] Cette ratification, qu'il ne faut pas confondre avec la confirmation, n'est pas soumise aux dispositions de l'art. 1338. Zachariæ, § 415, note 2. Voy. les autorités citées à la note 4 du § 337.

[5] Le mandant n'a donc pas besoin d'attaquer de pareils actes par voie de nullité : ils sont, à son égard, *res inter alios acta*. Duranton, XVIII, 260. Zachariæ, *loc. cit.* Cpr. Req. rej., 14 mai 1829, Sir., 29, 1, 223.

[6] Le mandant peut cependant se trouver obligé, d'après les principes de la gestion d'affaires, pour les actes que le mandataire a faits en dehors des limites du mandat. Cpr. art. 1375.

[7] Civ. rej., 3 juin 1845, Sir., 45, 1, 830. Civ. rej., 9 mai 1853, Sir., 54, 1, 30. Req. rej., 27 juillet 1863, Sir., 63, 1, 457.

[8] Civ. rej., 9 mai 1853, Sir., 54, 1, 30. Cpr. cep. Req. rej., 28 mars 1855, Sir., 56, 1, 590.

[9] Req. rej., 21 décembre 1859, Sir., 60, 1, 449.

[10] Cpr. Riom, 31 juillet 1851, Sir., 51, 2, 698.

[11] Cpr. Req. rej., 10 août 1831, Sir., 32, 1, 677. — La preuve de ce fait est-elle à la charge du mandataire, ou n'est-ce pas plutôt aux tiers qui préten-

et qu'il ne s'est pas, d'ailleurs, personnellement porté fort pour le mandant. Art. 1997.

On doit regarder comme non avenus à l'égard du mandant, les actes qui, quoique rentrant dans la classe de ceux que le mandataire a reçu pouvoir de faire, sont évidemment contraires au but du mandat, par exemple, les actes faits par un mandataire dans son propre intérêt, lorsque le mandat n'a été donné que dans l'intérêt du mandant[12].

3° Les actes faits par le mandataire en son propre nom, quoique pour l'exécution du mandat, sont par eux-mêmes étrangers au mandant. Celui-ci est toutefois autorisé à se faire judiciairement subroger aux droits et actions naissant de pareils actes, et peut, d'un autre côté, être contraint, par les tiers créanciers qui exerceraient les droits du mandataire, à remplir les engagements qui en résultent [13]. Art. 1166.

§ 416.

Des différentes manières dont le mandat finit.

Le mandat finit (art. 2003) :

1° Par la révocation. Le mandant est le maître de révoquer, quand bon lui semble, le mandat qu'il n'a donné que dans son intérêt. Art. 2004.

Si le mandat avait été conféré comme condition de quelque autre convention passée, soit avec le mandataire, soit avec un tiers, le mandant ne pourrait unilatéralement le retirer. Art. 1856, al. 2, et arg. de cet article.

La stipulation d'un salaire, soit fixe, soit proportionnel, ne peut faire considérer le mandat comme donné dans l'intérêt du mandataire [1]. Cette circonstance ne met, par elle-même, aucun obstacle à

dent n'avoir pas été suffisamment instruits de l'étendue des pouvoirs du mandataire, à prouver cette allégation ? M. Delvincourt (sur l'art. 1997) professe cette dernière opinion ; mais il paraît difficile de poser, à cet égard, une règle générale.

[12] C'est ainsi qu'une constitution d'hypothèque, consentie par le mandataire au profit de ses créanciers personnels, sur les biens du mandant, devrait être considérée comme non avenue à l'égard de ce dernier, quoique la procuration renfermât le pouvoir illimité d'hypothéquer. Turin, 10 novembre 1810, Sir., 11, 2, 234.

[13] Duranton, XVIII, 262. Zachariæ, § 415, texte et note 7.

[1] Duranton, XVIII, 272. Zachariæ, § 416, note 1.

la révocation, sous la réserve, toutefois, du paiement au mandataire des sommes qui peuvent lui être dues pour ses avances et pour ses peines [2]. Le mandataire aurait de plus droit à une indemnité pour le préjudice que lui ferait éprouver la révocation intempestive, et sans motif légitime, du mandat [3].

La révocation du mandat peut n'être que tacite [4]. Elle résulte virtuellement de la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire [5], peu importe que celui-ci accepte ou qu'il refuse le mandat [6]. Art. 2006 [7].

Lorsque le mandat a été constaté par un acte écrit, le mandant peut en le révoquant, contraindre le mandataire à lui remettre, selon les circonstances, l'original ou l'expédition de cet acte [8]. Art. 2004.

2° Par la renonciation du mandataire. Le mandataire jouit de la faculté de se démettre du mandat, en notifiant sa renonciation au mandant. Mais il est tenu d'indemniser ce dernier du préjudice que la renonciation peut lui occasionner, à moins qu'il ne se trouve dans l'impossibilité de continuer la gestion dont il s'est chargé, sans s'exposer lui-même à des pertes considérables [9]. Art. 2007.

Par exception à la règle précédente, le mandataire ne pourrait

[2] Req. rej., 6 mars 1827, Sir., 27, 1, 169. Req. rej., 31 janvier 1843, Sir., 43, 1, 125. Voy. cep. Bordeaux, 7 juillet 1837, Sir., 37, 2, 452.

[3] Req. rej., 8 août 1857, Sir., 57, 1, 835. Nancy, 23 juin 1860, Sir., 61, 2, 165. Req. rej., 10 juillet 1865, Sir., 65, 1, 350.

[4] Pothier, n[os] 114 et suiv. Zachariæ, § 416, note 3.

[5] Cpr. Civ. cass., 3 août 1819, Sir., 19, 1, 359.

[6] Le refus du nouveau mandataire n'empêche pas que le mandant n'ait implicitement manifesté la volonté de retirer sa confiance au premier mandataire. Duranton, XVIII, 276.

[7] Il ne faut pas conclure des expressions finales de cet article que la révocation ne soit, en pareil cas, efficace, qu'à compter du jour où la constitution du nouveau mandataire a été notifiée à l'ancien. Il suffit que ce dernier ait obtenu, d'une manière quelconque, connaissance de cette constitution, pour que, par cela même, son mandat se trouve révoqué. La notification dont parle l'art. 2006 n'est qu'une mesure de précaution, que le mandant doit prendre pour enlever au mandataire, tout moyen de soutenir qu'il n'a point eu connaissance de la révocation. Req. rej., 14 mai 1829, Dalloz, 1834, 1, 402.

[8] S'il avait été gardé minute d'une procuration notariée, la prudence exigerait que le mandant fît notifier la révocation au notaire dépositaire de cette minute, avec défense d'en délivrer de nouvelles expéditions.

[9] *Officium nemini damnosum esse debet.* Duranton, XVIII, 281.

renoncer unilatéralement au mandat qu'il aurait accepté comme condition d'une convention synallagmatique passée avec le mandant.

3° Par la mort du mandant ou du mandataire.

Néanmoins, le mandataire qui a commencé la gestion doit, malgré le décès du mandant, la continuer ou l'achever, s'il y a péril en la demeure. Art 1991, al. 2. En cas de décès du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et prendre, en attendant qu'il puisse lui-même pourvoir à ses affaires, les mesures que les circonstances exigent pour son intérêt. Art. 2010 [10].

La mort du mandant ne met pas fin au mandat, lorsque l'affaire qui en forme l'objet, devait être accomplie ou continuée après son décès [11]. Il en est cependant autrement du mandat donné au dépositaire, de remettre le dépôt à un tiers, après la mort du déposant [12].

D'un autre côté, le mandat continue de subsister, même après la mort du mandant, lorsqu'il a été donné dans l'intérêt commun de ce dernier et du mandataire ou d'un tiers [13].

4° Par la déconfiture ou la faillite [14] du mandant ou du mandataire.

5° Par le changement d'état de l'un ou de l'autre, si, par suite de ce changement, ils deviennent incapables de conférer un mandat de même nature, ou de s'obliger par l'acceptation d'un mandat [15].

10 Cpr. Req. rej., 21 mai 1867, Sir., 67, 1, 251.

11 L. 12, § 17, L. 13, et L. 27, § 1, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 108. Duranton, XVIII, 283. Troplong, n° 728. Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 445. Paris, 10 décembre 1850, Sir., 50, 2, 625. Req. rej., 22 mai 1860, Sir., 60, 1, 721. Req. rej., 30 avril 1867, Sir., 67, 1, 329.

12 Cpr. § 403, texte et note 13 ; § 659, texte et notes 17 et 18.

13 Troplong, n° 718. Ainsi, lorsque, dans un contrat, un tiers a été, pour son intérêt ou pour celui du débiteur, indiqué à l'effet de recevoir le paiement de l'obligation résultant de ce contrat, le mandat de ce tiers ne s'éteint point par la mort du créancier. Duranton, XVIII, 284. Il en est de même du mandat donné au créancier de faire vendre, à défaut de paiement au terme convenu, des objets mobiliers appartenant au débiteur. Douai, 22 décembre 1849, Sir., 50, 2, 161. Cpr. aussi sur le mandat inhérent à l'élection du domicile : § 146, texte, notes 19, 20 et 26.

14 Bordeaux, 18 juillet 1832, Dalloz, 1833, 2, 56.

15 L'art. 2003 ne parle expressément que de l'interdiction ; mais sa disposition s'applique par identité de raison, sous la restriction indiquée au texte, à tout changement d'état par suite duquel une personne perd, en tout ou en partie, l'exercice de ses droits. Pothier, n° 111. Delvincourt, sur l'art. 2003. Duranton, XVIII, 285 et 286. Zachariæ, § 416, texte et note 7.

6° Enfin, par l'expiration du temps pour lequel le mandat a été donné, et par la consommation de l'affaire qui en formait l'objet[16].

Les actes faits postérieurement à la cessation du mandat [17] ne lient, en général, le mandant, ni envers le mandataire, ni envers les tiers avec lesquels ce dernier a traité. Il en est cependant autrement, lorsque le mandataire a agi dans l'ignorance de la cause qui avait fait cesser ses pouvoirs, ou même lorsque, connaissant cette cause, il a traité avec des tiers qui en ignoraient l'existence. Au premier cas, le mandant est lié tant envers le mandataire qu'envers les tiers de bonne foi, tout comme s'il s'agissait d'actes passés pendant la durée du mandat[18]. Au second cas, il est également lié, mais envers les tiers seulement, et sauf son recours contre le mandataire[19]. Art. 2005, 2008, 2009.

II. DES CONTRATS DE GARANTIE.

§ 417.

Des contrats de garantie en général.

Les principaux contrats de garantie sont : la transaction, le cautionnement, le nantissement, et la constitution d'hypothèque, dont il a déjà été traité au § 266.

D'après le Code Napoléon, le débiteur pouvait, pour assurer l'exécution de son obligation, se soumettre par convention à la contrainte par corps, dans les hypothèses exceptionnelles prévues par le n° 5 de l'art. 2060 et par l'art. 2062.

La disposition de ce dernier article avait déjà été abrogée par l'art. 2 de la loi du 13 décembre 1848, qui a défendu de stipuler à l'avenir la contrainte par corps pour le paiement de fermages de biens ruraux. Quant à la disposition du n° 5 de l'art. 2060, elle a

[16] Cpr. Bourges, 19 juillet 1831, Sir., 33, 2, 384.

[17] Le mandant qui soutient que des actes sous seing privé faits par le mandataire sont antidatés, et qu'ils ont été en réalité faits après la cessation du mandat, est tenu de prouver la fausseté de la date. Il ne peut, relativement aux actes faits par le mandataire, être considéré comme un tiers dans le sens de l'art. 1328. Quant à la preuve de l'antidate, elle peut être faite par témoins, ou à l'aide de simples présomptions. Voy. § 756, texte n° 2.

[18] Zachariæ, § 416, texte et note 9. Req. rej., 16 avril 1832, Sir., 32, 1, 342.

[19] Cpr. Req. rej., 5 février 1807, Sir., 8, 1, 196.

disparu par l'effet de la loi du 22 juillet 1867, qui a prononcé l'abolition de la contrainte par corps en matière civile.

Le serment d'accomplir une promesse ne constitue pas un contrat de garantie. Une promesse faite sous serment ne produit pas plus d'effet qu'un engagement contracté sans serment [1].

a. *De la transaction.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 2044-2058. — Bibliographie. *Traité des transactions*, par J.-B.-F. Marbeau; Paris, 1832, 1 vol. in-8°. *Traité des transactions*, par Rigal; Paris, 1834, 1 vol. in-8°. *Des transactions*, par Troplong, à la suite du cautionnement; Paris, 1846, 1 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, II, n°s 451 à 741.

§ 418.

Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.

La transaction est un contrat, parfaitement synallagmatique, par lequel les contractants, en renonçant, chacun à une partie de leurs prétentions, ou en se faisant des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Cpr. art. 2044 [1]. Ce contrat suppose donc comme conditions de son existence :

a. Le consentement des parties.

b. L'existence actuelle ou la possibilité d'une contestation sérieuse entre les parties. Une transaction faite sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, ou sur des prétentions évidemment dénuées de toute espèce de fondement, doit être considérée, soit comme manquant d'objet, soit comme dépourvue de cause, et par suite comme non avenue [2]. Mais la crainte raisonnable d'un procès non encore engagé, ou le moindre doute sur l'issue d'un procès déjà entamé, suffit pour servir de cause à une transaction, quoique les parties n'aient pas eu de motifs suffisants

[1] Cpr. cep. art. 603.

[1] La définition donnée par l'art. 2044 est beaucoup trop large, et ne fait pas connaître les caractères propres de la transaction. Voy. texte n° 3, et note 7 *infra*.

[2] Duranton, XVIII, 535 et suiv. Rigal, p. 50. Pont, II, 569. Zachariæ, § 418, texte et note 3.

pour croire que les prétentions ou les droits de l'une d'elles, pourraient être contestés ou poursuivis, avec quelque espoir de succès [3].

Un différend décidé par un jugement en dernier ressort peut encore, lorsque ce jugement est susceptible d'être attaqué par une voie de recours extraordinaire, former l'objet d'une transaction, en ce qui concerne l'admissibilité et les suites de ce recours [4].

Le traité intervenu sur des droits qui n'avaient absolument rien de douteux, peut, quoique inefficace comme transaction, valoir, selon les circonstances, comme simple renonciation [5].

Si les parties avaient, en prétextant un procès purement imaginaire, déguisé quelque autre convention sous l'apparence d'une transaction, cette convention devrait être appréciée d'après les principes généraux qui régissent les actes simulés [6].

3° La transaction suppose une réciprocité de concessions ou de sacrifices de la part de chacune des parties. C'est par ce caractère qu'elle se distingue de la simple renonciation, de la remise de dette, du désistement, et de l'acquiescement [7]. Il n'est cependant pas nécessaire que les concessions respectives des parties soient de la même importance, et forment l'équivalent exact les unes des autres [8].

[3] *Sufficit metus litis instantis, vel eventus dubius litis pendentis.* Cpr. L. 65, § 1, D. *de cond. indeb.* (12, 6). La question de savoir si, dans telles circonstances données, une personne qui a transigé, pouvait raisonnablement craindre un procès, ou avoir quelque appréhension sur l'issue d'une contestation déjà liée, demeure, par la force des choses, abandonnée à l'appréciation des tribunaux. Tout ce que l'on peut dire à cet égard, c'est que le juge ne doit pas facilement déclarer non avenue une transaction, par le motif que le droit qui en forme l'objet n'était pas susceptible de contestation. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XV, p. 416, n° 2). Cpr. Duranton, XVIII, 395 et 398; Marbeau, n° 132; Pont, II, 570; Zachariæ, § 418, texte et note 5.

[4] *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XV, p. 424 et 425, n° 14). Pont, II, 572. Civ. cass., 16 prairial an XII, Sir., 7, 1, 1230.

[5] C'est peut-être en partant de cette idée, que le législateur n'a accordé l'action en nullité contre la transaction faite sur un différend décidé par un jugement passé en force de chose jugée, qu'autant que la partie qui attaque la transaction, ignorait l'existence du jugement. Art. 2056. Pont, II, 573.

[6] Cpr. § 35; Marbeau, nos 138 et suiv.; Zachariæ, § 418, texte et note 4.

[7] *Transactio, nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit.* L. 38, C. *de trans.* (2, 4). Duranton, XVIII, 391 et 392. Pont, II, 457 et 472. Zachariæ, § 418, note 1re.

[8] Cpr. Marbeau, n° 165; Pont, II, 473; Zachariæ, § 418, texte et note 6.

§ 419.

De la division des transactions en judiciaires, et en extra-judiciaires.

Les transactions sont judiciaires ou extra-judiciaires, suivant qu'elles sont ou non conclues dans le cours d'une instance judiciaire.

Ces deux espèces de transactions sont, en général, régies par les mêmes principes.

Il en est toutefois autrement, en ce qui concerne les transactions judiciaires qui ont été converties en jugements, à la suite de conclusions respectivement prises par les parties, et en conformité desquelles le juge a rendu sa décision. Ces jugements, communément appelés jugements convenus ou d'expédient[1], produisent les mêmes effets que les jugements rendus sur des prétentions contestées entre les parties. Ils ne peuvent donc être attaqués par action principale en nullité, mais seulement par les voies de recours ouvertes contre les jugements en général, et dans les délais fixés par la loi pour l'exercice de ces recours[2]. D'un autre côté, les jugements convenus

[1] Ces expressions, empruntées à notre ancienne pratique, ont été détournées de leur sens primitif. Elles désignaient autrefois les sentences arrêtées à l'amiable par les avocats et procureurs des parties, sentences qui, suivant les matières, se déposaient au greffe, soit directement, soit après avoir été reçues à l'audience, et s'expédiaient ensuite en forme exécutoire. Denisart, v° Expédient.

[2] Carré, *Lois de la procédure civile*, II, 1631. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 161. Troplong, n° 37. Zachariæ, § 429, texte et note 2. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Conventions matrimoniales, § 2 et *Quest.*, v° Appel, § 1, n° 6. D'après M. Troplong, Merlin ne parlerait que des jugements convenus rédigés par les parties, et homologués par le juge, suivant la forme reçue dans l'ancien Droit, et ce serait à tort que Zachariæ l'aurait cité en sens contraire. Mais il suffit de se reporter au passage des *Questions de Droit* ci-dessus indiqué, pour se convaincre que Merlin rejette toute différence entre un jugement qui se borne à homologuer une convention antérieure souscrite par les parties, et un jugement qui, donnant actes à deux parties des déclarations qu'elles se sont respectivement signifiées, ou qu'elles ont faites à l'audience, condamne l'une d'elles, soit à payer telle somme, soit à faire ou à souffrir telle chose, et enseigne, en conséquence, que les jugements de la dernière espèce sont, comme ceux de la première, susceptibles d'être attaqués par voie d'action principale en nullité. Du reste, le principe posé au texte ne s'appliquerait pas au cas où le juge, sans prononcer de condamnation, se serait borné à donner à l'une des parties, acte des déclarations faites par l'autre; et c'est sur une pareille espèce qu'a été rendu l'arrêt de la cour de Bruxelles invoqué par Merlin à l'appui de son opinion.

étant censés acquiescés d'avance, ont cela de particulier qu'ils ne sont susceptibles d'être attaqués au fond, qu'autant que la transaction qu'ils ont eu pour objet de consacrer, est elle-même entachée d'une cause de nullité[3]. Enfin, ils ne peuvent, en général, être réformés en partie, et maintenus pour le surplus[4].

Les transactions conclues au bureau de conciliation doivent être rangées parmi les transactions extra-judiciaires. Les procès-verbaux dressés par le juge de paix pour les constater, n'emportent pas hypothèque judiciaire, et ne sont point exécutoires, quoiqu'ils constituent d'ailleurs des actes authentiques[5].

§ 420.

Des conditions requises pour la validité des transactions.

1° Pour pouvoir transiger valablement, il faut être capable, non-seulement de s'obliger, mais encore de disposer des objets que l'on entend abandonner en tout ou en partie[1]. Art. 2045, al. 1.

Ainsi, la femme mariée sous le régime dotal ne peut, quoique autorisée de son mari, abandonner par transaction des biens dotaux, à moins qu'ils n'aient été déclarés aliénables par le contrat de mariage[2].

Le tuteur ne peut, quelle que soit la nature des droits en contestation, transiger au nom du pupille, qu'en vertu d'une autorisa-

[3] Voy. Merlin, *Quest.*, v° Appel, § 1, n° 5, et les arrêts cités par cet auteur.

[4] Cpr. § 421, texte n° 1, *in fine*, note 12 et 13.

[5] Tel est le sens du deuxième alinéa de l'art. 54 du Code de procédure civile. Cpr. § 265, n° 2, et note 12. Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n°s 3 à 5. Carré, *op. cit.*, I, 231. Toullier, IX, 120, et X, 271. Zachariæ, § 419, texte et note 1re.

[1] *Transigere est alienare.* Cpr. Duranton, XVIII, 407 et suiv.; Rigal, p. 59 et suiv.; Marbeau, n° 113. Pont, II, 509 et suiv.; Zachariæ, texte et note 1re; Metz, 8 décembre 1868, Sir., 69, 2, 133. — Les transactions faites de bonne foi avec l'héritier apparent sont cependant valables, et lient le véritable héritier. Cpr. § 616, texte n° 6; Marbeau, n°s 125 et suiv.

[2] Art. 1554, et arg. de cet article. Pont, II, 516. Nîmes, 30 décembre 1830, Sir., 31, 2, 182. Civ. cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282. Voy. cep. Paris, 16 mai 1829, Sir., 29, 2, 256. Mais la transaction par laquelle la femme, dûment autorisée, s'engagerait à payer à un tiers une somme d'argent, ou à lui céder un objet non dotal, afin de conserver ses biens dotaux, devrait être maintenue. Duranton, XVIII, 407.

tion donnée dans les formes prescrites par l'art. 467. Art. 2045, al. 2. Il en est de même du père, administrateur légal[3].

Le mineur émancipé est capable de transiger, sans l'assistance de son curateur, sur les actes de simple administration, et sur les objets dont il a la libre disposition[4]. Mais il ne peut, même avec cette assistance, transiger sur aucune autre contestation, sans l'observation des formalités prescrites pour la validité des transactions concernant des mineurs non émancipés. Il en est ainsi, notamment, des transactions relatives à ses capitaux mobiliers, ou au compte de gestion de son ancien tuteur[5].

Les art. 487 et 535 du Code de commerce règlent les conditions sous lesquelles les syndics sont autorisés à transiger.

2° La validité des transactions n'est subordonnée, ni à leur constatation par écrit[6], ni à l'observation d'autres formalités extrinsèques. Il en résulte qu'on peut déférer un serment litis-décisoire sur l'existence et les conditions d'une transaction verbale[7].

[3] Voy. § 123, texte et note 38. Paris, 4 juin 1865, Sir., 65, 2, 216. Cpr. cep. Marcadé, appendice à l'art. 383 ; Pont, II, 560. D'après ces auteurs, le père administrateur pourrait transiger, au nom de ses enfants mineurs, avec la simple autorisation du tribunal.

[4] Art. 481. Cpr. § 132, texte et note 4 ; § 134, texte n° 5 et note 5 ; Voy. en sens contraire : Pont, II, 520.

[5] Art. 482 cbn. 484. Cpr. § 134, texte n° 5. Duranton, XVIII, 107. Troplong, n°s 46 et 47. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Transaction, § 1, n° 3 ; Marbeau, n° 67.

[6] L'art. 2044, al. 2, dit, à la vérité, que la transaction doit être rédigée par écrit. Mais cette disposition ne fait pas de l'écriture une condition de la validité du contrat : elle n'a d'autre objet que d'en proscrire, d'une manière absolue, la preuve testimoniale. Cpr. § 306, texte et note 6. Merlin, *Quest.*, v° Transaction, § 8, n° 1. Delvincourt, III, p. 247. Duranton, XVIII, 406. Marbeau, n° 203. Troplong, n° 27. Zachariæ, § 420, texte et note 4. Bruxelles, 1er décembre 1810, Sir., 11, 2, 282. Voy. aussi les autorités citées à la note suivante.

[7] Merlin, *op. et v° citt.*, § 8, n° 2. Duranton et Marbeau. *locc. citt.* Rigal, p. 19. Nancy, 29 juillet 1837, Sir., 39, 2, 140. Limoges, 6 février 1845, Sir., 45, 2, 653. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 29. A défaut de preuve écrite, cet auteur n'admet que l'aveu pour établir l'existence de la transaction, et rejette le serment litis-décisoire, comme un moyen de preuve qui répugne à la nature de ce contrat. Ce point de vue ne nous paraît pas exact. Le serment litis-décisoire n'est, pas plus que l'aveu, un moyen de preuve, dans le sens propre du mot. Cpr. § 749, texte n° 3, notes 21 et 22. Si, comme M. Troplong le reconnaît, l'aveu suffit pour établir l'existence de la transaction, il n'existe aucune

Mais la preuve testimoniale d'une pareille transaction serait inadmissible, alors même que la valeur de l'objet du contrat ne dépasserait pas cent cinquante francs, ou qu'il existerait un commencement de preuve par écrit [8], ou enfin qu'il s'agirait d'une transaction sur une contestation commerciale [9]. Du reste, cette preuve serait toujours recevable dans l'hypothèse prévue par le n° 4 de l'art. 1348. Art. 2044, al. 2.

3° Le consentement nécessaire en fait de transaction doit réunir les caractères exigés pour l'efficacité du consentement en général [10].

raison pour rejeter le serment litis-décisoire, dont la délation n'est qu'un moyen de provoquer un aveu : *Manifestæ turpitudinis et* CONFESSIONIS *est nolle, nec jurare, nec jusjurandum referre.* Voy. aussi : art. 1358, et Code de procédure, art. 55. — *Quid* de l'interrogatoire sur faits et articles ? Les auteurs cités en tête de la note ne font aucune difficulté pour l'admettre ; et c'est également en ce sens que s'est prononcée la Cour de Bruxelles. Voy. note 6 *supra*. Cette solution, qui se justifie par l'art. 324 du Code de procédure, et par la considération que l'interrogatoire sur faits et articles tend à provoquer un aveu doit cependant, à notre avis, être soumise à une double limitation. D'une part, le juge, appréciateur de la pertinence des faits articulés, ne doit admettre l'interrogatoire, qu'autant qu'il porte directement sur le fait même de la conclusion et sur les conditions de la transaction. D'un autre côté, si l'interrogatoire ne fournit un aveu formel et complet de l'existence et des conditions de la transaction, il n'appartient pas au juge de le compléter par des présomptions. Cette double restriction repose sur ce que la preuve testimoniale étant, dans cette matière, rejetée d'une manière absolue, de simples présomptions sont également inadmissibles. Art. 1353.

[8] C'est ce qui nous paraît résulter de l'esprit dans lequel a été rédigé le second alinéa de l'art. 2044. On n'a pas voulu que la transaction, destinée à terminer une contestation, pût devenir, quant à sa preuve, l'objet d'un nouveau procès, long et dispendieux, ni que le sort d'un pareil contrat, d'ordinaire assez compliqué, fût livré à l'incertitude des témoignages. *Rapport fait au Tribunat* par Albisson (Locré, *Lég.*, XV, p. 431 et 432, n° 2). Marbeau, n° 203. Troplong, n° 30. Bonnier, *Des preuves*, n° 138. Taulier, VI, p. 544. Larombière, V, p. 125. Latreille, *Revue critique*, 1865, XXVI, p. 198. Caen, 12 avril 1845, Sir., 46, 2, 168. Pau, 1er août 1860, Sir., 61, 2, 339. Nancy, 5 décembre 1867, Sir., 68, 2, 3. Voy. en sens contraire : Merlin, *op. et v° citt.*, § 8, n° 3 ; Pont, *Revue critique*, 1864, XXV, p. 487, 1865, XXVI, p. 201, et *Des petits contrats*, II, 502 ; Zachariæ, § 420, note 4 ; Colmar, 31 juillet 1861, et Civ. rej., 28 novembre 1864, Sir., 65, 1, 5.

[9] Bordeaux, 5 février 1857, Sir., 57, 2, 575.

[10] Voy. cep. art. 2052, al. 2, et § 422.

4° On peut, en règle, transiger sur toute espèce de droits, quelles qu'en soient l'origine et la nature, et lors même qu'ils ne seraient qu'éventuels ou subordonnés à une condition[11]. Il est donc permis de transiger, notamment, sur une action en restitution d'intérêts usuraires[12], et sur les actions civiles naissant de délits, sans toutefois qu'une transaction intervenue sur une action de la dernière espèce puisse arrêter les poursuites du ministère public. Art. 2045, Code d'inst. crim., art. 4.

Par exception à cette règle, il n'est pas permis de transiger sur les droits placés hors du commerce. Ainsi, on ne peut transiger sur des contestations relatives à la puissance paternelle ou à l'autorité maritale[13]. On ne peut pas davantage transiger sur son état, en ce sens que nul ne peut, par transaction, renoncer au droit de réclamer l'état qui lui appartient. Art. 328, et arg. de cet art. Il en est ainsi de l'état d'enfant naturel, tout aussi bien que de l'état d'enfant légitime[14]. Quant à la question de savoir s'il est permis de transiger sur l'état d'une personne, que l'on serait admis à contester, elle se confond avec celle de savoir si la reconnaissance de cet état élève, contre celui dont elle émane, une fin de non-recevoir qui s'oppose à toute ultérieure contestation de sa part ou de celle de ses représentants[15]. Du reste, rien n'empêche de transiger sur des intérêts purement pécuniaires subordonnés à l'état, même contesté, d'une personne, pourvu d'ailleurs qu'on ne transige pas en même temps sur cet état[16]. Que si la transaction, portant simultanément et sur les intérêts pécuniaires et sur l'état, avait été conclue pour

[11] Req. rej., 31 décembre 1835, Dalloz, 1836, 1, 321.

[12] Civ. rej., 21 novembre 1832, Sir., 33, 1, 95. Civ. rej., 9 février 1836, Sir., 36, 1, 88. — Mais on ne pourrait, par voie de transaction, valider, pour l'avenir, un contrat usuraire. Arg. art. 6. Cpr. § 337, texte et note 7. Req. rej., 29 mai 1828, Dalloz, 1828, 1, 259. Req. rej., 22 juin 1830, Sir., 30, 1, 409. Voy. cep. Douai, 27 avril 1827, Sir., 28, 1, 341.

[13] Cpr. art. 1388 ; § 504, texte n° 1.

[14] Cpr. § 570, texte *in fine*.

[15] Cpr. § 452 *bis*, texte et note 8 ; § 458, texte *in fine*, et notes 9 à 12 ; § 464, texte n° 3, notes 39 à 41 ; § 467, texte n° 3, et notes 26 à 32 ; § 544 *bis*, texte n° 3 ; § 545, texte n° 2, et note 33, texte n° 3, et note 55 ; § 545 *bis*, texte n° 2 ; § 546, texte n° 2, notes 20 à 22.

[16] Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 2, n° 5. Troplong, n° 64. Demolombe, V, 333 et 334. Req. rej., 24 juillet 1835, Sir., 36, 1, 238. Req. rej., 29 mars 1852, Sir., 52, 1, 385. Req. rej., 9 mai 1855, Sir., 56, 1, 743.

un seul et même prix, elle serait nulle pour le tout[17]. Il semble même qu'elle dût, en vertu de la règle de l'indivisibilité des différentes clauses d'une transaction, être annulée dans toutes ses parties, bien que des prix distincts aient été stipulés pour la renonciation à l'état et pour l'abandon des intérêts pécuniaires[18].

D'un autre côté, il n'est pas permis de transiger sur les matières intéressant l'ordre public, ni sur les droits qui ne sont susceptibles de former l'objet d'aucune convention. Ainsi, on ne peut transiger sur l'exécution d'un traité secret en matière de cession d'office[19], ni même sur une demande en réduction du prix d'un office, fondée sur le dol que le cédant aurait commis en soumettant au gouvernement, des états mensongers des produits de l'office[20]. Ainsi encore, les époux ne peuvent, pendant la durée du mariage ou de la communauté, transiger sur leurs conventions matrimoniales. Art. 1395.

Enfin, il est des droits dont le but s'oppose à ce qu'ils deviennent la matière d'une transaction. C'est ainsi qu'une personne à qui il est dû des aliments, soit en vertu de la loi, soit même en vertu d'une disposition à titre gratuit, faite en sa faveur par un tiers, ne peut transiger sur le droit de les réclamer, en tant du moins que la transaction tendrait à neutraliser les résultats qu'a voulu obtenir le législateur ou l'auteur de la libéralité[21]. Mais on doit considérer comme valable, une transaction faite uniquement

[17] Civ. rej., 27 février 1839, Sir., 39, 1, 161. Req. rej., 29 avril 1840, Sir., 40, 1, 873.

[18] Demolombe, V, 517. Troplong, n° 68.

[19] Req. rej., 20 juin 1848, Sir., 48, 1, 450.

[20] Req. rej., 6 décembre 1852, Sir., 53, 1, 116. Orléans, 17 août 1853, Sir., 55, 2, 568. Req. rej., 19 février 1856, Sir., 56, 1, 529. Cpr. cep. Paris, 7 mars 1857, Sir., 57, 2, 196.

[21] Arg. art. 1003 et 1004 du Code de procédure. L. 8, D. *de trans.* (2, 15). L. 8, C. *de trans.* (2, 4). Pour la justification de la proposition énoncée au texte, nous nous bornerons à renvoyer aux explications données à la note 18 du § 359. Delvincourt, III, p. 247. Duranton, XVIII, 403. Marbeau, n° 112. Pont, II, 613. Zachariæ, § 420, texte *in fine*, et note 10. Paris, 7 floréal an XII, Sir., 4, 2, 132. Bruxelles, 17 juin 1807, Sir., 7, 2, 325. Nîmes, 18 décembre 1822, Sir., 25, 2, 86. Douai, 1er février 1843, Sir., 43, 2, 188. Bordeaux, 26 juillet 1855, Sir., 57, 3, 111. Voy. en sens contraire, quant aux aliments dus en vertu d'un acte de libéralité : Merlin, *Rép.*, v° Aliments, § 8, n° 2 ; Troplong, n°s 97 et 98.

sur le mode de prestation de pareils aliments, ou sur le paiement des arrérages échus d'une pension alimentaire [22].

5° La loi exige des conditions spéciales pour la validité d'une transaction relative à un compte de tutelle, ou à une procédure de faux incident [23].

§ 421.

Des effets des transactions.

1° Les transactions ont, entre les parties et leurs successeurs, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, en ce sens qu'elles engendrent entre ces personnes une exception analogue à celle de la chose jugée : *Exceptio litis per transactionem finitæ.* Art. 2052, al. 1. Cette exception n'existe, de même que celle de la chose jugée, que sous les conditions et dans les limites indiquées par l'art. 1351.

Il en résulte qu'elle ne peut être proposée, qu'autant que la nouvelle contestation a lieu entre les parties qui ont conclu la transaction, et que ces parties y procèdent en la même qualité. Ainsi, une transaction passée avec l'une des parties intéressées ne profite pas, en général, aux autres, et ne peut leur être opposée. Art. 2051. Il en serait cependant autrement, si les divers intéressés étaient unis par un lien de solidarité active ou passive, ou s'il s'agissait de matières indivisibles. La transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires profite aux autres [1], quoiqu'elle ne puisse leur être opposée [2]. Et, réciproquement, la transaction conclue avec l'un des créanciers solidaires peut être invoquée par les autres [3], mais non leur être opposée, si ce n'est pour sa part dans la créance [4]. Les mêmes distinctions s'appliquent à la transaction conclue avec l'un des intéressés dans une obligation indivisible [5].

[22] Duranton, Marbeau et Troplong, *locc. citt.* Pont, II, 611. Zachariæ, *loc. cit.*

[23] Cpr. art. 472, 2045, al. 2, et § 121 ; Code de procédure, art. 249.

[1] Arg. art. 1208 cbn. 1285, et 1365, al. 4. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 3, note 35. *Rapport fait au Tribunat*, par Abisson (Locré, *Lég.*, XV, p. 434, n° 8). Marbeau, n° 263. Duranton, XVIII, 420. Troplong, n°s 125 et 126. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 247.

[2] Le débiteur solidaire peut bien améliorer la condition de ses coïntéressés, mais il ne peut l'aggraver. Voy. les autorités citées à la note précédente ; § 298 *ter*, texte n° 3, et note 31.

[3] Arg. art. 1199. Cpr. § 298 *bis*, texte et note 8.

[4] Arg. art. 1198, 2e al., et 1365, 2e al. Cpr. § 298 *bis*, texte et note 9.

[5] Cpr. § 769, texte et note 42 ; Troplong, n° 127.

Du reste, il est bien entendu que la transaction faite avec le débiteur principal profite à la caution[6], quoiqu'elle ne puisse lui être opposée[7].

Il résulte encore du principe ci-dessus posé, qu'une transaction faite par une personne, au sujet d'un droit qu'elle a fait valoir de son propre chef, ne peut, ni être invoquée par elle, ni lui être opposée, lorsque plus tard elle exerce ce droit comme successeur d'une autre personne. Art. 2050.

Enfin, il suit du même principe, que l'exception *litis finitæ* résultant d'une transaction ne peut être invoquée, qu'autant que la nouvelle contestation porte absolument sur le même objet que la précédente ; et, sous ce rapport, les transactions doivent être interprétées restrictivement. Art. 2049.

Les transactions ne règlent que les différends sur lesquels les contractants ont eu l'intention de transiger. Pour apprécier cette intention, il faut, d'ailleurs, se reporter à la situation dans laquelle la transaction est intervenue. Lorsque, postérieurement à sa conclusion, il survient des circonstances nouvelles et imprévues, de nature à augmenter les prétentions de l'une des parties, celle-ci est admise à les faire valoir, sans qu'on puisse lui opposer l'exception *litis finitæ*[8]. C'est ce qui aurait lieu notamment, si la transaction avait eu pour objet la réparation du dommage causé par un délit ou par un quasi-délit, et que le fait eût entraîné des suites beaucoup plus graves que celles auxquelles on devait s'attendre et en vue desquelles la transaction a été conclue[9].

La renonciation faite dans une transaction à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif aux contestations sur lesquelles la transaction est intervenue. Art. 2048.

La règle d'après laquelle les tribunaux jouissent d'un pouvoir souverain pour l'interprétation des conventions, donne lieu, quand

6 *Discussion au Conseil d'État et Discours au Corps législatif*, par Gillet (Locré, *Lég.*, XV, p. 405, art. 17, p. 410, n° 14, et p. 446, n° 6). Troplong, n° 128. Pont, n°s 409 et 410.

7 Troplong, *Du cautionnement*, n° 607 et 508. Ponsot, *Du cautionnement*, n° 359. Pont, II, 411 et 412. Req. rej., 10 juillet 1849, Sir., 49, 1, 577.

8 Cpr. Civ. cass., 17 novembre 1812, Sir., 13, 1, 145.

9 Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 4, n° 2. Marbeau, n° 242. Pont, II, 662. Paris, 11 juin 1864, Sir., 65, 2, 264. Paris, 11 août 1868, Sir., 69, 2, 72. Cpr. Aix, 29 janvier 1833, Sir., 34, 2, 286 ; Civ. cass. 30 décembre 1861, Sir., 62, 1, 521.

on la rapproche de l'art. 2052, aux termes duquel les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée, et des art. 2048 et 2049, qui tracent au juge des règles obligatoires pour l'application et l'interprétation des transactions, à la question de savoir jusqu'où s'étend, en pareille matière, le droit d'appréciation des tribunaux, et dans quelles circonstances leurs jugements sont ou non soumis à la censure de la Cour de cassation. Cette question doit se résoudre par une distinction, quelquefois fort délicate à établir, entre les décisions purement interprétatives, destinées à résoudre un doute résultant d'une rédaction plus ou moins obscure ou ambiguë des clauses de la transaction, et celles qui, sous couleur d'interprétation, auraient étendu, restreint, ou dénaturé les effets de la transaction[10]. Il est, du reste, bien entendu qu'un jugement qui refuserait le caractère de transaction à une convention réunissant tous les éléments constitutifs de ce contrat, serait sujet à cassation[11].

Bien que les transactions aient, entre les parties, l'autorité de la chose jugée, il existe cependant, entre les jugements et les transactions, des différences essentielles, en ce qui concerne les voies par lesquelles les uns ou les autres peuvent être attaqués, et les causes pour lesquelles ils peuvent être annulés ou réformés. Les transactions diffèrent, en outre, des jugements, en ce qu'elles sont, en général, et sauf interprétation contraire de la volonté des parties[12], à considérer comme formant un tout indivisible, en ce sens que, lorsqu'elles portent sur divers chefs de contestation, elles ne peuvent être annulées pour partie et maintenues pour le surplus[13];

[10] Cpr. Troplong, n° 116 ; Civ. cass., 17 novembre 1812, Sir., 13, 1, 145 ; Civ. cass., 21 août 1832, Dalloz, 1832, 1, 390 ; Req. rej., 24 novembre 1832, Sir., 33, 1, 237 ; Civ. cass., 20 janvier 1835, Sir., 35, 1, 101 ; Req. rej., 31 décembre 1835, Sir., 36, 1, 189 ; Req. rej., 21 avril 1840, Sir., 40, 1, 873 ; Req. rej., 20 juin 1841, Sir., 42, 1, 791 ; Req. rej., 20 avril 1857, Sir., 57, 1, 694 ; Req. rej., 21 décembre 1859, Sir., 60, 1, 449 ; Req. rej., 23 avril 1860, Sir., 60, 1, 848 ; Req. rej., 8 mai 1861, Sir., 61, 1, 716 ; Req. rej., 19 décembre 1865, Sir., 66, 1, 301.

[11] Civ. cass., 15 février 1815, Sir., 15, 1, 183.

[12] Troplong, n° 133. Rigal, p. 153. Req. rej. 9 février 1830, Sir., 31, 1, 339.

[13] Art. 2055, et arg. de cet art. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, XV, p. 323, n° 13). Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 5, n° 3. Marbeau, n° 23. Troplong, n° 133. Caen, 14 mars 1844, Sir., 44, 2, 499. Civ. cass., 25 novembre 1834, Sir., 35, 1, 664.

tandis que les jugements qui ont statué sur plusieurs points litigieux, sont susceptibles d'être réformés sur quelques-uns de ces points et confirmés quant aux autres.

2° Les parties qui ont transigé, sont tenues de respecter les droits qu'elles ont reconnus, l'une au profit de l'autre, et d'accomplir les prestations auxquelles elles se sont respectivement engagées. Lorsque, pour mieux assurer l'exécution de la transaction, les parties ont stipulé une peine contre celle qui manquerait de l'exécuter, les effets de cette stipulation se déterminent d'après les principes généraux sur les clauses pénales. La partie au profit de laquelle la peine serait encourue ne pourrait, en général, la réclamer et poursuivre tout à la fois l'exécution de la transaction. Cependant, si une peine avait été stipulée pour le cas où l'une des parties dirigerait une attaque judiciaire contre la transaction, la peine devrait, à moins de circonstances spéciales, être considérée comme un dédommagement pour le préjudice que le fait d'une pareille attaque causerait à l'autre partie, et pourrait, par conséquent, être réclamée cumulativement avec le principal[14]. Il est bien entendu que quand une demande en nullité vient à être dirigée contre la transaction, la question de savoir si la peine se trouve ou non encourue reste en suspens jusqu'à la décision du litige[15].

[14] En disant « qu'on peut ajouter à une transaction, la stipulation d'une peine « contre celui qui manquera de l'exécuter, » l'art. 2047 n'a point eu pour objet de déroger au second alinéa de l'art. 1229, et de poser en principe, qu'en matière de transaction, la peine se cumule nécessairement et toujours avec le principal. La question reste, pour les transactions, comme pour toutes les autres conventions, une simple question d'intention, qui doit, en général, être résolue contre le cumul : *In obligationibus semper quod minimum est præsumitur.* Mais dans l'hypothèse spéciale où une peine a été stipulée contre celle des parties qui attaquerait la transaction, l'intention des parties ne peut rationnellement s'expliquer que dans le sens du cumul. Cpr. § 309, note 5; L. 10, § 1, D. *de pactis* (2, 14); L. 122, § 6, *de V. O.* (45, 1); Pothier, *Des obligations*, nos 343 et 348; *Exposé de motifs* par Bigot-Préameneu, et *Rapport fait au Tribunat*, par Abisson (Locré, *Lég.*, XV, p. 420, n° 5, et p. 433, n° 5); Toullier, VI, 830; Duranton, XI, 345; Troplong, nos 103 et suiv.; Larombière, *Des obligations*, III, p. 20, n° 5; Pont, II, 621 à 624; Colmet de Santerre, V, 106, III.

[15] Pont, II, 622 et 623. Voy. en sens contraire : Toullier, VI, 829; Marbeau, n° 180; Troplong, nos 103 et 105. D'après ces auteurs, la peine serait encourue par le fait seul d'une demande en nullité dirigée contre la transaction, en ce sens que le juge ne pourrait se refuser à la prononcer immédiatement, et en subordonner l'application à la décision à rendre sur le fond. En émettant

et que la clause pénale tomberait avec la convention principale, si celle-ci était annulée[16].

3° De sa nature, la transaction n'est pas transmissive, mais simplement déclarative ou récognitive des droits qui faisaient l'objet du différend sur lequel elle est intervenue[17]. Il en résulte :

Qu'elle ne donne pas ouverture à garantie, à raison de l'éviction que l'une des parties éprouverait quant aux droits reconnus à son profit[18].

Qu'elle ne constitue point par elle-même un titre propre à fonder l'usucapion[19].

cette opinion, ces auteurs ont oublié que l'attaque dirigée contre la transaction, l'est aussi, par cela même, contre la clause pénale qui n'en est que l'accessoire, et présente ainsi un caractère essentiellement préjudiciel. C'est probablement en partant de la supposition que la clause pénale dont il s'agit aurait effectivement pour résultat d'interdire toute attaque contre la transaction avant le paiement de la peine, que Zachariæ (3411, note 5) a été amené à considérer une pareille clause comme contraire à l'ordre public.

16 Art. 1227, al. 1. Pont, II, 623. Marbeau, n° 182. Troplong, n° 107. Voy. cep. Toullier, VI, 831 et 832.

17 La règle que la transaction est simplement déclarative et non transmissive était anciennement controversée. Dumoulin et d'Argentré la firent triompher. Elle a été sanctionnée par la loi du 22 frimaire an VII (art. 68, § 1, n° 45), qui ne soumet la transaction qu'à un droit fixe. Merlin, *Rép.*, v° Partage, § 11; et v° Transaction, § 4, n° 6. Championnière et Rigaud, *Des droits d'enregistrement*, I, 597 à 607. Troplong, n°s 7 à 10. Valette, *Revue étrangère et française*, 1843, X, p. 231 et suiv. G. Demante, *Exposition des principes de l'enregistrement*, n°s 317 à 325. Beautemps-Beaupré, *Revue pratique*, 1863, XVI, p. 264. Pont, II, 630 et suiv.

18 Cette proposition, consacrée par la loi 33, C. *de trans.* (2, 4), avait été formellement reproduite dans l'art. 16 du projet du titre *Des transactions* (Locré, *Lég.*, XV, p. 405). Bien que cet article ait été supprimé, lors de la discussion au Conseil d'État, comme contraire à l'équité (*op. cit.*, p. 406, n° 13), la proposition énoncée au texte n'en doit pas moins être maintenue, puisque les rédacteurs du Code sont évidemment partis d'un faux point de vue, et que l'erreur dans laquelle ils sont tombés, n'a point été convertie en disposition législative. Il est certain que celui qui renonce, même moyennant un prix, à ses prétentions sur l'objet litigieux formant la matière de la transaction, ne cède pas cet objet lui-même, et le laisse simplement à l'autre partie avec les droits que celle-ci prétendait y avoir. Pothier, *De la vente*, n° 646. Marbeau, n° 75. Troplong, n° 12. Pont, II, 640. Zachariæ, § 421, texte et note 6.

19 Cpr. § 218, texte et note 3. Pont, II, 639.

Et qu'elle n'est pas sujette à transcription[20], alors même qu'elle porte sur des immeubles.

Enfin, on doit également en conclure, qu'elle ne saurait donner lieu à la perception d'un droit proportionnel de mutation[21].

Le principe ci-dessus posé ne s'applique point aux objets qui, sans former la matière de la contestation sur laquelle les parties ont transigé, ont été cédés par l'une des parties à l'autre, comme prix ou comme condition des concessions que cette dernière faisait de son côté. La transaction constitue, relativement aux objets ainsi cédés, un titre translatif, susceptible de servir de fondement à l'usucapion, donnant, en cas d'éviction, ouverture à garantie, et soumis à la transcription, ainsi qu'au droit proportionnel de mutation[22].

Quoique les transactions n'aient pas, à l'égard des tiers, plus de force que d'autres conventions, ceux-ci ne peuvent cependant attaquer que par la voie de la tierce opposition, une transaction judiciaire convertie en jugement, dans les circonstances où ils seraient obligés de recourir à cette voie, si on leur opposait un jugement ordinaire.

[20] Cpr. § 209, texte B, notes 50 et 52. Pont, II, 642.

[21] Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 45. La Cour de cassation, tout en reconnaissant que la transaction est de sa nature simplement déclarative et non transmissive, décide cependant qu'une transaction intervenue entre les héritiers non réservataires, qui contestent la validité du testament, et le légataire universel envoyé en possession, donne lieu au droit proportionnel de mutation pour toutes les valeurs héréditaires abandonnées aux héritiers. Voy. Chamb. réun. cass., 12 novembre 1865, Sir., 66, 1, 73; Civ. cass., 30 janvier 1866, Sir., 68, 1, 78; et les décisions antérieures citées sous le premier de ces arrêts. Nous ne saurions donner notre adhésion à cette jurisprudence. A notre avis, la Cour suprême semble attacher à l'envoi en possession, qui n'est qu'un acte de juridiction gracieuse et qui reste sans influence sur le fond du droit, un effet légal qu'il ne saurait produire. Quant à la saisine héréditaire, qu'en l'absence d'héritiers à réserve l'art. 1006 attribue au légataire universel, elle est nécessairement subordonnée à la validité du testament; et si, à la suite d'une contestation sérieuse sur ce point, il survient une transaction par laquelle le légataire universel fait le sacrifice d'une partie de ses prétentions, on ne saurait dire qu'il abandonne des biens dont il se soit en réalité trouvé saisi. Voy. dans ce sens : Pont, *Revue critique*, 1866, XXVIII, p. 289.

[22] Pothier, *op. cit.*, n° 647. Marbeau, *loc. cit.* Troplong, n°s 11 et 13.

§ 422.

Des causes de nullité des transactions.

Les transactions peuvent, comme toute convention en général, être attaquées par voie de nullité, pour cause de violence ou de dol. Art. 2053, al. 2. Sous ce rapport, les règles du Droit commun ne reçoivent, dans notre matière, aucune modification.

Mais, à la différence des autres conventions, les transactions ne peuvent être attaquées pour erreur de droit. D'un autre côté, elles ne peuvent l'être pour cause de lésion[1]. Art. 2052, al. 2.

Quant à l'erreur de fait, elle est une cause de nullité des transactions comme des autres conventions. C'est ainsi que la transaction peut être attaquée pour erreur, soit sur l'objet ou la nature de la contestation[2], soit sur la personne avec laquelle elle a été conclue[3]. Art. 2053, al. 1.

Elle peut l'être également, toutes les fois qu'elle a été déterminée par des faits ou par des pièces que les parties ou une d'elles avaient supposés constants ou vraies, et dont l'inexactitude ou la fausseté a été ultérieurement reconnue.

[1] Voy. cep. art. 888; § 626, texte n° 2.

[2] Il y aurait erreur quant à la nature de la contestation, dans le cas, par exemple, où l'une des parties aurait entendu transiger sur le possessoire seulement, et l'autre sur le pétitoire.

[3] D'après les explications données par Bigot-Préameneu (*Exposé de motifs*, Locré, *Lég.*, XV, p. 423, n° 11), l'erreur sur la personne consisterait, en matière de transaction, dans la fausse croyance que celui avec lequel on a transigé, avait réellement qualité pour élever des prétentions sur le droit douteux, tandis que ce droit lui était complétement étranger. Mais, à ce point de vue, la transaction serait à considérer comme non avenue, et non pas comme simplement annulable. Aussi MM. Larombière (I, art. 1110, n° 18), Colmet de Santerre (V, 17 *bis*, II), et Demolombe (XXIV, 120) supposent-ils que la transaction, conclue d'ailleurs avec la personne qui avait qualité pour y concourir, est attaquée sous le prétexte d'une erreur sur les rapports de parenté, d'amitié, de reconnaissance, ou autres existant entre les parties. Si telle était effectivement l'hypothèse que le législateur a eue en vue, il conviendrait, comme le disent ces auteurs, de combiner l'art. 2053 avec l'art. 1110, et de n'admettre l'action en nullité qu'autant que la considération de la personne a été la cause principale de la transaction. Seulement paraît-il difficile d'imaginer des circonstances dans lesquelles se produirait une pareille erreur sur la personne. Cpr. Duranton, X, 124; Troplong, n° 143; Mugnier, *Revue critique*, 1858, XII, p. 82; Zachariæ, § 422, note 2.

Il en est ainsi dans les hypothèses suivantes[4] :

a. Lorsque la transaction a été conclue en exécution d'un titre nul, dont l'une des parties ignorait en fait la nullité[5]. Art. 2054.

b. Lorsque les pièces au vu desquelles elle a été faite, ont plus tard été reconnues fausses[6]. Art. 2055.

[4] D'après Zachariæ (§ 422, texte et notes 6 à 11) et M. Mugnier (*Revue critique*, 1858, XII, p. 81 et suiv.), la transaction serait nulle pour défaut de cause dans les cas prévus par les art. 2054 à 2057 : et telle paraît être également l'opinion du tribun Gillet (Locré, *Lég.*, XV, p. 446, n° 8). Mais cette manière de voir est évidemment inadmissible, en ce qui concerne les art. 2055, 2056 et 2057, qui subordonnent l'admission de l'action en nullité à l'existence d'une erreur ou d'une ignorance de fait. L'hypothèse dont s'occupe l'art. 2054 est la seule qui puisse donner lieu à difficulté. Voy. à cet égard la note suivante. Pont, n° 701.

[5] L'art. 2054 ne semble écarter l'action en nullité dirigée contre une transaction faite en exécution d'un titre nul, qu'autant que *les parties ont expressément traité sur la nullité.* Déterminés par ces dernières expressions, nous avions enseigné, dans nos précédentes éditions, qu'en pareil cas la transaction est nulle pour défaut de cause, abstraction faite de toute erreur ; mais en faisant remarquer que la disposition de l'art. 2054, ainsi entendue, pouvait prêter à critique en théorie. Un nouvel examen de la question nous a conduits à reconnaître que les expressions finales de l'article précité n'étaient point aussi décisives qu'elles le paraissent au premier abord. S'il en résulte que l'action en nullité doit être rejetée comme non recevable, lorsque les parties ont expressément traité sur la nullité, il n'en ressort pas que, dans l'hypothèse contraire, elle doive nécessairement être admise comme fondée, alors même que la partie qui attaque la transaction aurait connu le fait de nature à entraîner la nullité du titre en exécution duquel elle a été conclue. La liaison qui existe entre l'art. 2054 et celui qui le précède, ainsi que son rapprochement de ceux qui le suivent, démontrent qu'ici encore le législateur n'a entendu ouvrir contre la transaction, qu'une action en nullité pour erreur de fait, et non l'écarter, comme non avenue pour défaut de cause. Cette interprétation est d'autant plus plausible, qu'elle met l'art. 2054 en harmonie parfaite avec les art. 1338 et 2052. Duranton, XVIII, 423. Troplong, n[os] 145 à 149. Pont, II, 702 à 711. Req. rej., 25 mars 1807, Sir., 7, 1, 199. Civ. cass., 19 juin 1813, Sir., 13, 1, 378. Civ. rej., 18 août 1813, Sir., 14, 1, 85. Req. rej., 19 décembre 1865, Sir., 66, 1, 301. Voy. cep. Merlin, *Rép.*, v° Transaction, § 5, n° 4 : Pochonnet, *Revue pratique,* 1856, IX, p. 196, n° 20. Suivant ces auteurs, l'erreur de droit devrait, quant à l'application de l'art. 2054, être placée sur la même ligne que l'erreur de fait.

[6] En disant que la transaction faite sur des pièces fausses est *entièrement* nulle, c'est-à-dire nulle dans toutes ses parties, l'art. 2055 ne fait que consacrer une application du principe de l'indivisibilité des transactions. Cpr. § 421, texte n° 1, et note 13.

c. Quand la contestation sur laquelle elle est intervenue, se trouvait déjà terminée par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient pas connaissance[7]. Art. 2056.

d. Lorsque, la transaction ayant porté sur un objet déterminé[8], il se trouve constaté, par des pièces nouvellement découvertes, que l'une des parties n'avait aucun droit sur cet objet[9]. Art. 2057.

Du reste, on est toujours recevable à demander la rectification des erreurs de calcul qui se sont glissées dans une transaction. Art. 2058.

2. *Du cautionnement.*

SOURCES, *Code Napoléon*, art. 2011-2043. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité des obligations*, chap. VI. *Du cautionnement en matière civile et commerciale*, par Ponsot; Paris, 1844; 1 vol. in-8° *Du cautionnement*, par Troplong; Paris, 1846; 1 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, II, n°s 1 à 150.

§ 423.

Notion de ce contrat. — Des conditions essentielles à son existence.

Le cautionnement est un contrat par lequel l'une des parties prend l'engagement personnel d'accomplir, au profit de l'autre, une prestation qu'un tiers doit à celle-ci, comme débiteur principal ou comme caution[1], dans le cas où ce tiers n'acquitterait pas lui-même sa dette. Art. 2011 et 2014, al. 2.

[7] Si le jugement était susceptible d'appel, la transaction serait valable, bien que l'existence de ce jugement n'ait point été connue des parties ou de l'une d'elles. On ne saurait dire avec certitude que la connaissance de ce jugement eût empêché la transaction. Art. 2056, al. 2.

[8] La transaction intervenue généralement sur toutes les affaires que les parties pouvaient avoir ensemble, n'est pas attaquable sous prétexte de la découverte de pièces nouvelles, à moins qu'elles n'aient été retenues par l'une des parties, fait qui constituerait un dol, au point de vue du caractère particulier de la transaction. Art. 2057, al. 1. Cpr. Code de procédure, art. 480, n° 10.

[9] Si les pièces nouvellement découvertes ne faisaient que confirmer les prétentions de l'une des parties, celle-ci ne pourrait s'en prévaloir pour demander l'annulation de la transaction, à moins que l'autre partie ne les eût retenues par dol.

[1] Celui qui cautionne une caution (*fidejussor fidejussoris*) est appelé certificateur de caution. Cpr. art. 2035.

L'existence de tout cautionnement suppose donc les conditions suivantes :

1° Le consentement des parties, c'est-à-dire du créancier et de celui qui se rend caution. Le concours du tiers débiteur n'est pas nécessaire. On peut se rendre caution sans ordre de la part de ce tiers, à son insu, et même malgré sa défense[2]. Art. 2014, al. 1.

2° Une dette pour sûreté de laquelle le cautionnement soit fourni.

3° L'engagement personnel d'acquitter la dette d'un tiers. La seule remise d'un gage ou la simple constitution d'une hypothèque, pour sûreté de la dette d'un tiers, ne forme pas un cautionnement, dans le sens propre du mot[3].

4° Enfin la limitation de l'engagement au cas où le débiteur n'acquitterait pas lui-même sa dette.

Le cautionnement étant essentiellement un contrat accessoire, ne peut, ni avoir pour objet une prestation différente de celle qui forme la matière de l'obligation principale, ni excéder le montant de cette dernière, ni enfin être contracté sous des conditions plus onéreuses[4]. Toutefois, le cautionnement qui a été contracté sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, ou qui excède le montant de celle-ci, ne doit pas être considéré comme non avenu ; il est seulement réductible au montant de la dette pour sûreté de laquelle il a été fourni, et aux modalités sous lesquelles elle a été constituée. Du reste, rien n'empêche que le cautionnement ne soit contracté sous des conditions moins rigoureuses que la

[2] Duranton, XVIII, 316. Troplong, n° 128. Pont, II, 89. Cpr. cep. § 427, texte et note 14.

[3] Duranton, XVIII, 296. Ponsot, n° 16. Troplong, n° 38. Pont, II, 23. Zachariæ, § 423 *a*, texte et note 1re. Civ. cass., 25 novembre, 1812, Sir., 13, 1, 77. Civ. cass., 10 août 1814, Sir., 15, 1, 242.—Toutefois, celui qui a remis un gage, ou constitué une hypothèque, pour sûreté de la dette d'un tiers, doit, à certains égards, être assimilé à une caution. Cpr. § 287, texte n° 6, notes 66 et 69 ; § 321, texte n° 4, notes 86 et 87 ; § 429, texte et note 12.

[4] Il est bien entendu que la caution peut, pour garantie de son engagement, constituer toutes sortes de sûretés, sans qu'elle doive, pour cela, être considérée comme s'étant obligée sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal. Ainsi, quoique la dette principale soit purement chirographaire, la caution peut valablement constituer une hypothèque au profit du créancier. Delvincourt, sur l'art. 2013. Duranton, XVIII, 311 et suiv. Pont, II, 78. Zachariæ, § 423 *a*, note 6.

dette principale, ou pour une partie de cette dette seulement. Art. 2013.

Le cautionnement peut précéder l'obligation principale, en ce sens qu'il peut être donné pour sûreté d'une obligation future. Il n'est pas même nécessaire que le cautionnement dont, aux termes de la convention, le montant doit se déterminer par celui des engagements que contractera le débiteur principal, soit restreint à une somme fixe [5].

L'engagement par lequel une personne, en promettant le fait d'un tiers, se porte fort pour lui, ne constitue pas un cautionnement, mais une obligation principale d'une nature particulière [6].

La solidarité à laquelle la caution peut se soumettre, n'enlève pas au cautionnement son caractère d'engagement accessoire, et ne rend pas la caution débitrice directe de l'obligation principale. Le cautionnement solidaire reste, sauf la privation du bénéfice de discussion, et, le cas échéant, de celui de division, régi par les règles

[5] Art. 1129 et 1130. Duranton, XVIII, 297. Pont, II, 28 et 29. Grenoble, 10 juin 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 86. Paris, 15 janvier 1831, Sir., 31, 2, 198. Metz, 28 mars 1833, Sir., 35, 2, 49. Req. rej., 16 juin 1846, Sir., 46, 1, 440. Cpr. Zachariæ, § 423 *a*.

[6] Delvincourt, III, p. 257. Ponsot, n°s 14 et 15. Troplong, n°s 23 à 29. Pont, II, 12. Zachariæ, § 423 *a*, note 4. Cpr. art. 1120 ; § 343 *ter*, texte n° 1. — On peut, en se portant fort pour un tiers, promettre qu'il ratifiera ou qu'il n'attaquera pas une obligation par lui contractée, quoique cette obligation ne soit pas susceptible d'être valablement cautionnée. Ainsi, par exemple, on peut garantir l'exécution de la vente d'un fonds dotal, quoiqu'on ne puisse, à proprement dire, la cautionner. Art. 2012, al. 1. Il est même à remarquer que l'engagement contracté par un tiers au profit de l'acquéreur d'un immeuble dotal, présente de sa nature, et alors même qu'on l'aurait qualifié de cautionnement, le caractère d'une obligation de porte-fort, plutôt que celui d'un simple cautionnement. N'est-il pas, en effet, évident qu'un pareil engagement n'a d'autre objet que de garantir l'acquéreur contre les suites de la demande en nullité de la vente? Cette observation suffit pour justifier au fond les décisions suivantes, dont nous ne pouvons approuver les motifs. Cpr. Req. rej., 11 mars 1807, Sir., 7, 1, 214 ; Req. rej., 3 août 1825, Sir., 26, 1, 119 ; Riom, 31 janvier 1828, Sir., 28, 2, 252 ; Grenoble, 17 février 1847, Sir., 48, 2, 55 ; Montpellier, 7 mars 1850, Sir., 50, 2, 381. Elle démontre, du reste, comme le fait remarquer avec raison M. Troplong (n° 31), que la controverse sur la question de savoir si la vente d'un immeuble dotal peut ou non être cautionnée, n'est guère qu'une dispute de mots. Cpr. § 537, texte n° 1.

du cautionnement simple [7]. C'est ainsi que la caution solidaire peut opposer au créancier, du chef du débiteur principal, toutes les exceptions que la caution simple est autorisée à faire valoir, et notamment celle de compensation pour le total de la dette [8]. C'est ainsi encore que l'acte interruptif de prescription, fait à l'encontre de la caution solidaire, ne peut, pas plus qu'un acte dirigé contre la caution simple, être opposé au débiteur principal [9].

Quoique le cautionnement soit de sa nature un contrat de bienfaisance, la gratuité n'est pas de son essence. Rien ne s'oppose à ce que celui qui se porte caution, ne stipule une équitable indemnité en compensation des risques auxquels il s'expose, et des difficultés que peut présenter son recours [10]. Il ne faut, du reste, pas con-

[7] Suivant Duranton (XVIII, 332) et Zachariæ (§ 423 *a*, texte *in fine*), la caution solidaire devrait, dans ses rapports avec le créancier, être considérée, à tous égards, comme un codébiteur solidaire, et ne conserverait sa qualité de caution que vis-à-vis du débiteur principal. Cette opinion fait violence à la nature des choses: le cautionnement n'est qu'un engagement accessoire ; et ce caractère essentiel lui reste, quelles que soient les modalités et les clauses plus ou moins rigoureuses sous lesquelles il est consenti. En vain opposerait-on la disposition finale de l'art. 2021. Cette disposition, qui doit être entendue *secundum subjectam materiam*, n'a d'autre objet, en effet, que de placer, au point de vue du droit de poursuite compétant au créancier, la caution solidaire sur la même ligne que le codébiteur solidaire, et de refuser à la première la faculté de se prévaloir, à l'instar de la caution simple, du bénéfice de discussion, dont ne jouit pas le second. C'est ce que prouvent, d'une part, l'assimilation établie par l'art. 2021 lui-même, entre l'hypothèse où la caution se borne à renoncer à ce bénéfice, et celle où elle s'engage solidairement ; d'autre part, la corrélation que présente la disposition finale de cet article, avec l'art. 1203, auquel elle se réfère visiblement. Du reste, les propositions émises au texte s'appliqueraient même au cas où la caution se serait engagée *solidairement et comme principal payeur*. Mais il est bien entendu que celui qui se serait obligé comme *codébiteur solidaire*, ne pourrait prétendre, vis-à-vis du créancier, qu'il n'est en réalité que caution. Ponsot, n° 568. Troplong, n°s 522 et 523. Pont, II, 13. Cpr. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455 ; Civ. cass., 18 juillet 1866, Sir., 66, 1, 429.

[8] Art. 1294, al. 1er. *Non obstat* art. 1294, al. 3 : arg. art. 2036. Toullier, VII, 376, à la note. Duranton, XII, 423. Desjardins, *De la compensation*, n° 126, p. 438 et 439. Colmet de Santerre, V, 246 *bis*, IV. Toulouse, 14 août 1818, Sir., 19, 2, 221. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1294, n° 4; Lair, *De la compensation*, p. 253.

[9] Voy. § 215, texte n° 2, lett. *c*, et note 66.

[10] Duranton, XVIII, 300. Ponsot, n° 21. Troplong, n° 15. Pont, II, 16. Zachariæ, § 423 *a*, note 1re *in fine*. Rouen, 4 décembre 1827, Sir., 28, 2, 91. Limoges, 23 janvier 1847, Sir., 48, 2, 124.

fondre un cautionnement accompagné d'une pareille stipulation avec la convention connue sous la dénomination de *del credere*, convention qui constitue, de la part de celui qui stipule du créancier une prime pour la garantie de la solvabilité d'une tierce personne, un engagement principal, présentant les caractères d'un contrat d'assurance [11].

§ 424.

Des conditions de la validité du cautionnement.

La validité du cautionnement n'est subordonnée à l'observation d'aucune formalité extrinsèque. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'il soit constaté par écrit [1]. Toutefois, la volonté de se rendre caution ne peut s'induire des circonstances, quelque concluantes qu'elles paraissent [2]; elle doit, pour être efficace, avoir été déclarée d'une manière expresse. Art. 2015.

Toute personne capable de s'obliger est, par cela même, capable de se rendre caution [3]. Mais une personne ayant capacité de s'obliger n'est pas, pour cela seul, susceptible d'être présentée comme caution, par un débiteur qui est tenu de fournir un cautionnement [4].

Le cautionnement peut être donné pour toute espèce d'obligations ayant pour objet des prestations appréciables en argent. Mais l'efficacité en est, en règle générale, subordonnée à l'existence et à la validité de l'obligation à laquelle il se rattache. Art. 2012, al. 1.

Il résulte de ce principe, que celui qui a cautionné une dette purement naturelle, ne peut être contraint à l'acquitter [5], et que celui

[11] Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 303. Troplong, n° 37. Pont, II, 17 et 18.

[1] Ponsot, n° 10. Troplong, n° 135. Pont, II, 91. Zachariæ, § 424, note 1re, *in fine*. Req. rej., 26 mai 1829, Sir., 29, 1, 218. Civ. rej., 1er février 1836, Sir., 36, 1, 511. Cpr. Civ. rej., 8 mars 1853, Sir., 54, 1, 769.

[2] Ainsi, une invitation de prêter de l'argent ou de fournir des marchandises à un tiers ne peut, quoiqu'on le recommande et que l'on certifie même sa solvabilité, être considérée comme un cautionnement. *Rapport au Tribunat*, par Chabot (Locré, *Lég.*, XV, p. 339, n° 9). Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 3.

[3] La disposition du sénatus-consulte Velléien, qui défendait aux femmes de se rendre caution, a été rejetée par le Code Napoléon.

[4] Cpr. 425, texte n° 2.

[5] L'exception admise par le second alinéa de l'art. 2012, en ce qui concerne les dettes civiles, devenues purement naturelles par suite de l'annulation qui n'a été prononcée à raison de l'incapacité de l'obligé, ne peut être étendue

qui a cautionné une obligation civile, est autorisé à opposer au créancier, toutes les exceptions de nullité ou de rescision que le débiteur principal pourrait faire valoir.

Ce principe reçoit cependant exception en ce qui concerne les obligations civiles susceptibles d'être annulées ou rescindées par une cause uniquement fondée sur l'incapacité du débiteur principal. Ainsi, est valable le cautionnement donné pour sûreté d'une obligation contractée par un mineur parvenu à l'âge de discernement, ou par une femme mariée non autorisée [6]. Il en est de même de celui qui a été fourni pour garantie d'un engagement contracté par un interdit dans un intervalle lucide [7]. Le cautionnement qui s'applique à de pareilles obligations demeure efficace, même après que le débiteur a fait prononcer l'annulation ou la rescision de son engagement. Art. 2012, al. 2, et 2036, al. 2.

§ 425.

Des diverses espèces de cautions. — Des effets de l'obligation de fournir une caution.

1° Le cautionnement est conventionnel, légal, ou judiciaire, selon qu'il est fourni en vertu d'une convention, d'une disposition de la loi [1], ou d'un jugement par lequel le juge a, de son autorité, imposé

aux dettes naturelles en général. Cpr. § 297, texte n° 3. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 252 ; Larombière, *Des obligations*, III, art. 1235, n° 10 ; Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, III ; Pont, II, 41. Voy. aussi : Zachariæ, § 424, note 10, *in fine*. Suivant cet auteur, tout cautionnement d'une obligation naturelle devrait valoir comme expromission. Mais cette manière de voir doit être rejetée comme contraire au principe que la novation ne se présume pas. Cpr. § 324, texte n° 4, notes 38 et 39.

[6] Toullier, VI, 394. Duranton, XVIII, 305. Troplong, n° 82. Demolombe, IV, 342 et 343. Zachariæ, § 424, texte et note 11. Civ. cass., 30 novembre 1812, Sir., 16, 1, 140. Paris, 24 juillet 1819, Sir., 20, 2, 145. Req. rej., 17 décembre 1834, Sir., 35, 1, 544.

[7] Troplong, n° 80. Pont, II, 42. Cpr. Duranton, XVIII, 306 ; Zachariæ, *loc. cit.* Ces auteurs n'exigent pas même, pour la validité du cautionnement, que l'obligation principale ait été contractée dans un intervalle lucide. Mais cette opinion n'est pas admisssible. Un engagement contracté en état de démence n'est pas seulement annulable en raison de l'incapacité civile résultant de l'interdiction ; il doit être annulé pour défaut de consentement.

[1] Cpr. art. 16, 120, 601, 626, 771, 807, 1518, 1613, 1653 et 2185.

à l'une des parties litigantes, l'obligation de le donner[2]. Lorsqu'un jugement condamne l'une des parties à fournir une caution, en exécution d'une obligation conventionnelle ou légale dont il déclare l'existence, le cautionnement conserve sa nature primitive, et ne devient point judiciaire[3]. A plus forte raison, le cautionnement n'est-il pas judiciaire, par cela seul que la caution a dû être reçue par jugement, et que, par suite, elle a été obligée de faire sa soumission au greffe[4].

2° Quand une personne est, par un motif quelconque, tenue de fournir une caution, il ne suffit pas que celle qu'elle présente, jouisse de la capacité de s'obliger ; il faut, en outre, qu'elle possède des biens suffisants pour répondre de la dette, et qu'elle ait son domicile dans le ressort de la Cour d'appel où le cautionnement est à fournir. Art. 2018 et 2040, al. 1[5].

La solvabilité d'une caution s'apprécie uniquement d'après la valeur de ses immeubles[6], à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une obligation commerciale, ou que la dette pour sûreté de laquelle le cautionnement est fourni, ne soit modique. Encore le juge ne doit-il avoir égard, ni aux immeubles sur lesquels la caution n'aurait que des droits sujets à résolution ou à contestation[7], ni à ceux dont la

[2] C'est ce qui a lieu lorsque le juge accorde une provision, ou qu'il autorise l'exécution provisoire de son jugement, à la charge de fournir caution. Cpr. Code de procédure, art. 135 et 439.

[3] Ainsi, lorsqu'un usufruitier, qui prétendait être dispensé de fournir caution à raison de sa qualité ou d'une clause de son titre, est condamné, sur la demande du nu propriétaire, à en donner une, le cautionnement conserve son caractère de cautionnement légal. Pont, II, 434. Zachariæ, § 429, note 1re. — C'est à tort que MM. Duranton (VII, 31) et Poujol (sur l'art. 807, n° 2) qualifient de judiciaire la caution à fournir par l'héritier bénéficiaire en vertu de l'art. 807.

[4] Ainsi, la caution que doit fournir, aux termes de l'art. 2185, le créancier qui veut user de la faculté de surenchérir, est légale et non judiciaire. Cpr. Code de procédure, art. 832, cbn. art. 518 ; § 294 ;

[5] La disposition du second alinéa de l'art. 2040, aux termes de laquelle les personnes présentées comme cautions judiciaires doivent être susceptibles de contrainte par corps, est devenue sans objet par suite de l'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Loi du 22 juillet 1867, art. 1.

[6] Cpr. cep. Paris, 9 avril 1813, Sir., 13, 2. 208.

[7] Nous avons cru devoir substituer ces expressions aux termes *immeubles litigieux*, qui se trouvent dans l'art. 2019, al. 2. D'une part, en effet, le juge, chargé d'apprécier la solvabilité d'une caution, est autorisé à faire abstraction

discussion serait trop difficile à raison de l'éloignement de leur situation[8]. Mais il peut et doit prendre en considération les immeubles grevés, soit de droits d'usufruit ou d'usage, soit de priviléges ou d'hypothèques, sauf à déduire de leur valeur estimative, celle des charges auxquelles ils sont soumis. Art. 2019.

Si la caution fournie par le débiteur devient plus tard insolvable[9], celui-ci est tenu d'en donner une autre, peu importe que la première ait été reçue volontairement ou en justice. Art. 2020, al. 1. Il en est de même, si la caution vient à transporter son domicile hors du ressort de la Cour d'appel, où elle a été reçue. Arg. art. 2018 et 2020, al. 1. Ces règles reçoivent toutefois exception, dans le cas où la caution a été donnée en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé pour caution telle personne déterminée[10]. Art. 2020, al. 2.

Celui qui s'est obligé par convention à fournir une caution, n'est pas admis à remplacer le cautionnement par d'autres sûretés[11]. Il en est autrement, lorsque le cautionnement doit être fourni en vertu de la loi ou d'un ordre du juge. Dans ce cas, la personne obligée de donner caution est admise à la remplacer, soit par un gage, soit par d'autres sûretés équivalentes, telles, par exemple, que le dépôt à la caisse des consignations, d'une somme ou d'une inscription de

d'un immeuble. quoiqu'il ne soit pas litigieux dans le sens de l'art. 1700 ; et d'autre part, l'art. 2019, al. 2, peut s'appliquer, par analogie, aux immeubles dont la propriété est sujette à révocation. Les tribunaux jouissent, sous ce double rapport, d'une grande latitude d'appréciation. Duranton, XVIII, 326. Ponsot, n° 145. Troplong, n° 210. Pont, II, 125. Zachariæ, § 424, texte et note 8. Colmar, 310 août 1810, Sir., 14, 2, 91.

[8] Cette circonstance est également abandonnée à l'appréciation du juge. Duranton, XVIII. 327. Ponsot, n° 156. Troplong, n° 211. Pont, II, 124. Zachariæ, *loc. cit.* Turin, 13 avril 1808, Sir., 12, 2, 371.

[9] Cpr. L. 3, § 3, et L. 4, D. *ut. in poss. leg.* (36, 4).

[10] Pothier (n° 393) étend indistinctement cette exception à tous les cas où le débiteur a contracté sous le cautionnement d'une personne déterminée, ou a promis de donner telle personne pour caution ; et sa manière de voir a été adoptée par Maleville et Delvincourt (sur l'art. 2020). Mais le texte de l'al. 2 de l'art. 2020, et la discussion au Conseil d'État qui en a amené la rédaction définitive (Cpr. Locré, *Lég.*, XV, p. 289, n° 8), prouvent que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont entendu modifier le principe général posé par le 1er alinéa de cet article, que dans le cas où c'est le créancier lui-même qui a exigé pour caution telle personne déterminée. Cpr. Duranton, XVIII, 329, à la note.

[11] Cpr. Duranton, XVIII, 330.

rente suffisante. Art. 2041, et arg. de cet article. Mais elle ne serait pas reçue à offrir, en remplacement du cautionnement, une constitution d'hypothèque, même sur des biens libres[12].

§ 426.

De l'étendue du cautionnement. — De ses effets entre la caution et le créancier.

1° Le cautionnement ne doit pas être étendu au delà des limites dans lesquelles il a été contracté[1]. Art. 2015.

Par application de ce principe, l'art. 1740 dispose que le cautionnement donné pour sûreté des obligations d'un bail, ne s'étend pas à celles qui résulteront de la continuation du bail par tacite réconduction.

Il résulte du même principe que, si la caution a indiqué la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle entendait s'engager, son engagement ne s'étend qu'à cette somme; et spécialement, que si elle a simplement cautionné le remboursement d'un capital, sans prendre d'engagement pour les intérêts, elle ne répond pas de ces derniers[2].

Mais, lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, la caution est engagée à toutes les obligations, tant princi-

[12] Ponsot, n° 386. Voy. en sens contraire : Taulier, VII, p. 51 ; Troplong, n° 592 ; Pont, II, 445 ; Zachariæ, § 429, texte et note 3. — Cpr. sur la caution à fournir par l'usufruitier et par le surenchérisseur sur aliénation volontaire : § 229, texte n° 2 et note 16 ; § 294, texte n° 2 et note 87.

[1] On dit ordinairement que le cautionnement ne doit pas être étendu *de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus*. La première partie de cette règle est d'une exactitude absolue. La seconde partie ne semble pouvoir s'appliquer qu'au cas de novation opérée par substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien; et ce n'est que par une fausse application de l'adage *De persona ad personam non extenditur fidejussio*, qu'on a voulu soutenir que la caution fournie par l'usufruitier est déchargée pour l'avenir, par la cession du droit d'usufruit. Cpr. § 320, texte n° 4, et note 60. Pont, II, 100. Quant à la troisième partie de la règle précitée, elle doit être restreinte à l'hypothèse où le cautionnement a été expressément ou tacitement limité à un certain temps. Cpr. art. 2039 ; § 429, texte et note 14.

[2] Pothier, n° 405. Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 1, n° 3. Duranton, XVIII, 320. Troplong, n° 149. Ponsot, n° 110. Pont, II, 104. Bordeaux, 21 décembre 1833, Sir., 34, 2, 271. Req. rej., 12 janvier 1842, Sir., 42, 1, 138. — Cpr. sur d'autres applications du principe posé au texte : Pont, II, 105 ; Paris, 25 juin 1867, Sir., 68, 2, 222 ; Req. rej., 13 novembre 1867, Sir., 68, 1, 202.

pales qu'accessoires, qui dérivent de la convention à laquelle elle a accédé [3]. Elle est même tenue des frais faits contre le débiteur principal, cependant avec cette distinction, que les frais du premier acte de poursuite peuvent, en tout cas, être répétés contre elle, tandis qu'elle ne peut être recherchée pour ceux des actes postérieurs, qu'autant que le créancier lui a fait dénoncer, avant toutes nouvelles poursuites, le premier acte dirigé contre le débiteur. Art. 2016.

Ainsi encore, celui qui se rend, en termes généraux, caution d'un fermier ou d'un locataire, répond non-seulement des loyers, mais aussi des indemnités dues par ce dernier [4], et même de l'incendie des bâtiments loués [5].

2° Lorsque le débiteur principal ne remplit pas ses obligations à l'époque où il doit le faire, le créancier peut, sans l'avoir au préalable constitué en demeure [6], diriger des poursuites contre la caution dans les limites de l'engagement qu'elle a contracté.

[3] Duranton, XVIII, 320 et 321. Ponsot, nos 117 et suiv. Troplong, n° 158. Pont, II, 107. Zachariæ, § 323 *a*, texte et note 8. Orléans, 18 mai 1855, Sir., 55, 2, 414. Nîmes, 18 mars 1862, Sir., 63, 2, 5. — Celui qui a cautionné l'exécution d'une convention, répond-il des frais d'enregistrement de l'acte qui la constate ? Cpr. Merlin, *op. et loc. citt.;* Civ. cass., 6 octobre 1806, Sir., 6, 1, 428.

[4] Pothier, *Des obligations*, n° 404. Duranton, Ponsot, Troplong et Pont, *locc. citt.*

[5] Chambéry, 10 avril 1867, Sir., 67, 2, 212. Voy. en sens contraire : Buchère, *Revue pratique*, 1860, IX, p. 225 et suiv. Cpr. aussi : Rouen, 12 décembre 1854, Dalloz, 1855, 2, 138.

[6] Delvincourt (sur l'art. 2021), Duranton (XVIII, 331) et Zachariæ (§ 425, note 35) exigent la mise en demeure préalable du débiteur, en se fondant sur les termes de l'art. 2021, *la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur* ; d'où ils concluent que le créancier ne peut agir contre la caution, qu'en rapportant la preuve du retard mis par le débiteur à l'accomplissement de ses obligations. Mais ces termes, qui n'ont évidemment pour but que d'expliquer le bénéfice de discussion, et qui ne doivent pas être isolés de la suite de l'art. 2021, ne nous paraissent pas autoriser une pareille conclusion. D'ailleurs, les auteurs que nous combattons, nous semblent manquer de conséquence, en admettant que, dans les cas où la mise en demeure du débiteur a lieu de plein droit, le créancier peut poursuivre la caution sans sommation préalable faite au débiteur : il est évident que, même en pareille circonstance, le créancier ne justifie, en aucune manière, de l'inexécution de l'obligation principale. Ponsot, n° 33. Troplong, n° 231. Pont, II, 11 et 54.

La caution ainsi recherchée est, en général, sauf dans les hypothèses prévues par les art. 2042 et 2043, admise à opposer au créancier l'exception de discussion, c'est-à-dire à exiger qu'il fasse au préalable procéder à la saisie et à la vente des biens du débiteur principal. Art. 2021 et 2022.

La caution ne peut toutefois user de ce bénéfice, que sous les conditions suivantes :

a. Elle doit proposer son exception sur les premières poursuites dont elle est l'objet [7]. Art. 2022. La contestation qu'elle élèverait sur l'existence ou la validité du cautionnement, ne la rendrait cependant pas non recevable à opposer l'exception de discussion à l'exécution du jugement qui aurait rejeté sa défense [8]. La caution qui n'a pas, dans le principe, proposé cette exception, à raison de la circonstance que le débiteur ne possédait pas de biens susceptibles d'être indiqués au créancier, est également admise à s'en prévaloir ultérieurement, s'il survient des biens au débiteur [9].

b. La caution doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, à la discussion desquels elle entend le renvoyer. Elle ne peut comprendre dans cette indication, ni des biens situés hors du ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens dont la propriété est contestée [10], ni les immeubles hypo-

[7] La phrase finale de l'art. 2022 : *sur les premières poursuites dirigées contre elle*, a été ajoutée sur la demande du Tribunat, qui avait fait remarquer que le silence gardé par la caution sur les poursuites du créancier, devait la faire regarder comme ayant renoncé au bénéfice de discussion. D'après l'esprit de la loi, il appartient donc au juge d'examiner, selon les circonstances, si la caution qui n'a pas, dès le premier moment, invoqué le bénéfice de discussion, doit être considérée comme y ayant renoncé. *Observations du Tribunat*, sur l'art. 2022 (Locré, *Lég.*, XV, p. 313, n° 5). Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 4, n° 1. Duranton, XVIII, 334. Pont, 167 à 169. Zachariæ, § 425, note 4. Cpr. Req. rej., 27 janvier 1835, Sir., 35, 1, 774.

[8] Merlin, *op. et loc. citt.* Duranton, XVIII, 335. Pont, II, 170. — Il en serait autrement, si la caution avait engagé un débat sur l'obligation principale. Cpr. Pothier, n° 411.

[9] Pothier, n° 411. Merlin, *op. et loc. citt.* Pont, II, 171. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 337. L'opinion émise au texte se justifie par l'esprit de la loi : on ne peut être censé avoir renoncé à un bénéfice, qu'autant qu'on a négligé d'en user dans des circonstances où il aurait été possible de l'invoquer utilement. Cpr. note 7 *supra*.

[10] On ne devrait pas facilement écouter le créancier qui refuserait de discuter les biens indiqués par la caution, sous le prétexte que la propriété en est

théqués à la dette qui ne se trouveraient plus dans la possession du débiteur. Mais la caution est admise à indiquer des biens meubles comme des immeubles[11]; et il n'y a pas lieu d'examiner si les biens qu'elle a désignés, sont suffisants pour le paiement intégral de la dette[12]. Art. 2023.

c. La caution doit faire l'avance des frais nécessaires pour la discussion à laquelle elle veut renvoyer le créancier. Art. 2023, al. 1er.

Lorsque la caution a satisfait à ces conditions, le créancier devient, à défaut de poursuites faites en temps opportun, responsable envers elle, jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'elle a indiqués, de l'insolvabilité où le débiteur principal peut tomber, sans que, pour se soustraire à cette responsabilité en ce qui concerne les biens qui ne lui sont pas hypothéqués, il soit admis à invoquer la disposition de l'art. 2209[13]. Art. 2024.

Par exception à la règle générale, la caution est privée du bénéfice de discussion, lorsqu'elle y a renoncé, soit dans l'acte de cautionnement, soit par un acte postérieur, ou lorsqu'elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal. Art. 2021. Voy. aussi art. 2042 et 2043.

La caution est autorisée à opposer au créancier, non-seulement les exceptions qui lui appartiennent personnellement, mais encore toutes les exceptions qui compètent au débiteur, hormis celles qui sont fondées sur l'incapacité personnelle de ce dernier. Ainsi, la caution peut opposer au créancier, non-seulement les nullités tenant à la cause ou à l'objet de l'obligation principale[14], mais encore celles dont cette obligation se trouve entachée, à raison des vices du consentement du débiteur[15]. Elle peut également se pré-

sujette à contestation. Mais, quoique les termes *biens litigieux*, doivent être pris ici dans une acception plus étroite que lorsqu'il s'agit d'apprécier la solvabilité d'une caution (cpr. § 425, note 7), il ne semble cependant pas que le concours des circonstances indiquées par l'art. 1700 soit nécessaire pour qu'on puisse considérer des biens comme litigieux dans le sens de l'art. 2023.

[11] Duranton, XVIII, 338. Pont, II, 178. Voy. cep. Zachariæ, § 425, note 5.

[12] Duranton, *loc. cit.* Voy. cep. Zachariæ, § 425, note 6.

[13] Pont, II, 185. Zachariæ, § 425, note 9. Req. rej., 8 avril 1835, Sir., 35, 1, 717.

[14] Req. rej., 15 juin 1837, Sir., 38, 1, 477.

[15] Pothier, n° 381. Duranton, XVIII, 379. Troplong, n° 495. Voy. en sens contraire : Pont, II, 387 à 389 et 425. Les termes *exceptions purement person-*

valoir de la compensation qui s'est opérée du chef de ce dernier, ainsi que de la prescription accomplie à son profit. Il n'y a pas, sous ces divers rapports, de distinction à faire entre la caution simple et la caution solidaire [16]. Art. 2036 et 1294, al. 1er.

La caution peut proposer, en son nom personnel, et non pas seulement du chef du débiteur, les exceptions qu'elle est admise à faire valoir [17]. Il en résulte, que la renonciation volontaire faite par le débiteur, soit à la prescription acquise en sa faveur ou à toute autre cause de libération, soit à quelque moyen de nullité ou de rescision, n'empêche pas la caution de faire valoir ces causes et moyens [18]. Il en résulte encore, que la caution peut intervenir dans les instances liées entre le créancier et le débiteur sur l'existence ou la validité de l'obligation principale, et même former tierce op-

nelles, dont se sert l'art. 2036, se trouvent également dans l'art. 1208. Mais ces termes n'ont pas une signification invariable ou absolue : il faut, pour déterminer la portée des dispositions dans lesquelles le législateur les a employés, se guider d'après les principes de la matière à laquelle se rapporte chacune de ces dispositions. C'est ainsi que l'on doit dire, d'après la nature du cautionnement, et par argument de l'art. 2012, al. 1er, que la caution, même solidaire, est autorisée à opposer au créancier les exceptions que le débiteur principal lui-même pourrait tirer des vices de son consentement, et que l'on doit décider, au contraire, d'après la nature des obligations solidaires, que les exceptions fondées sur un vice du consentement de l'un des débiteurs solidaires, sont purement personnelles à ce débiteur, et ne peuvent être opposées par les autres. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 2.

[16] L'art. 2036, qui a pour objet spécial d'indiquer les exceptions que la caution peut faire valoir relativement à l'obligation principale, ne fait aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. Cpr. § 423, texte, et notes 7 à 9.

[17] *Omnes exceptiones, quæ reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt.* L. 19, *de except. et præscrip.* (44, 1). Les causes de nullité et d'extinction relatives à l'obligation principale réagissent sur l'obligation de la caution, et sont, en même temps, des causes de nullité ou d'extinction du cautionnement. Art. 2012, al. 1, et 2036. Cpr. Req. rej., 22 novembre 1825, Sir., 26, 1, 146. Cet arrêt, dans l'espèce duquel il ne s'agissait que d'une question de preuve, et non d'une question de validité de l'obligation principale, n'a rien de contraire à la proposition émise au texte.

[18] Merlin, *Rép.*, v° Caution, § 4, n° 3. Cpr. spécialement, en ce qui concerne la prescription, les autorités citées à la note 4 du § 775. Voy. en sens contraire sur le principe général posé au texte : Civ. rej., 12 février 1840, Sir., 40, 1, 529. Cpr. aussi : Req. rej., 10 juillet 1849, Sir. 49, 1, 577.

position aux jugements passés en force de chose jugée, qui sont intervenus dans de pareilles instances[19].

Quand plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, pour la même dette, elles sont obligées, chacune, pour la totalité de la dette[20]. Art. 2025. Toutefois, si l'une d'elles est poursuivie seule, elle peut demander que le créancier divise son action, par portions viriles, entre toutes, à moins qu'elle n'ait renoncé à cette exception, ou qu'elle ne se soit obligée solidairement, soit avec le débiteur, soit avec ses cofidéjusseurs[21]. Art. 2026. Cette exception, appelée bénéfice de division, peut, à la différence du bénéfice de discussion, être proposée en tout état de cause[22].

Lorsqu'au moment où l'une des cautions a fait prononcer la division, une ou plusieurs autres étaient déjà insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de leur insolvabilité; mais elle ne répond pas des insolvabilités survenues seulement depuis la division. Art. 2026, al. 2.

Au surplus, si le créancier a volontairement divisé son action entre les différentes cautions, soit en acceptant, sans réserves, de l'une d'elles, le paiement de sa part, soit en dirigeant contre elle une action pour cette part seulement[23], il ne peut revenir contre

[19] Cpr. § 769, texte n° 2, lett. *a*.

[20] Quoique les différentes cautions soient, dans ce cas, obligées, chacune, à la totalité de la dette, elles ne doivent point, par cela seul, être considérées comme solidairement engagées envers le créancier. Ainsi, à moins d'une stipulation de solidarité, la prescription interrompue à l'égard de l'une des cautions ne le sera point à l'égard des autres. Delvincourt, III, p. 258. Taulier, VII, p. 26 et 27. Pont, II, 192. Zachariæ, § 425, texte et note 14. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 291.

[21] Arg. art. 2025 cbn. 1203. Duranton, XVIII, 343. Pont, II, 205.

[22] Arg. *a contrario* art. 2022. Duranton, XVIII, 348. Favard, *Rép.*, v° Cautionnement, sect. I, § 2. Pont, II, 198. Zachariæ, § 425, note 15, *in fine*. Voy. cep. Delvincourt, sur l'art. 2025.

[23] Il n'est pas nécessaire, pour que le créancier doive être considéré comme ayant divisé son action, que celle des cautions contre laquelle il a formé une demande pour sa part seulement, ait acquiescé à cette demande, ou qu'il soit intervenu contre elle un jugement de condamnation ; le seul fait d'avoir introduit une action ainsi divisée, suffit. La disposition de l'art. 1211, al. 3, n'est point applicable en matière de cautionnement, à moins que les cautions ne soient obligées solidairement. Cette différence s'explique par les raisons suivantes : Les codébiteurs solidaires étant privés du bénéfice de division, le créancier qui divise

cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a faite, des cautions insolvables. Art. 2027.

Les obligations naissant du cautionnement passent, comme les obligations en général, aux héritiers de la caution. Art. 2017[24].

§ 427.

Des effets du cautionnement entre la caution et le débiteur principal.

La caution qui paie la dette qu'elle a garantie, est de plein droit subrogée aux droits et actions du créancier, soit contre le débiteur ou les débiteurs principaux, soit contre les tiers détenteurs d'immeubles affectés à la dette[1]. Art. 2029 cbn. 1251, n° 3. Il importe peu, à cet égard, que la caution se soit engagée par ordre du débiteur principal, qu'elle l'ait fait à son insu, ou même contre sa volonté[2]. La caution peut, en vertu de cette subrogation, répéter soit du débiteur principal, soit des tiers à l'égard desquels elle est subrogée, tout ce qu'elle a payé en capital, intérêts, dommages-intérêts, et frais faits contre ce débiteur. Mais elle ne peut, sur le seul fondement de la subrogation, réclamer les intérêts des différentes sommes qu'elle a déboursées[3].

son action, renonce au droit de les poursuivre pour le total ; et cette renonciation ne devient complétement efficace que par l'acceptation de ceux qui doivent en profiter. Les cofidéjusseurs, au contraire, jouissant du bénéfice de division, à moins qu'ils ne se soient obligés solidairement, le créancier qui divise son action, ne fait que reconnaître un droit à eux appartenant ; et cette reconnaissance est efficace par elle-même, indépendamment de toute acceptation. Duranton, XVIII, 347. Pont, II, 219.

[24] La disposition finale de cet article est devenue son objet par suite de la suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Loi du 22 juillet 1867, art. 1.

[1] Cpr. § 321, texte n° 4, lett. *e*, notes 84 et 85. — La caution peut-elle également exercer un recours contre le tiers qui, sans s'obliger personnellement, a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette principale? Voy. § 321, texte n° 4, lett. *f*, notes 86 et 87.

[2] Les art. 1251, n° 3, et 2029, ne distinguent pas. Duranton, XVIII, 317. Troplong, n° 362. Mourlon, *De la subrogation*, p. 407. Cpr. Pont, II, 267.

[3] Pont, II, 274. C'est à tort que cet auteur cite en sens contraire Zachariæ, qui, dans le passage auquel il est fait allusion, ne s'occupe que du recours exercé en vertu de l'art. 2028.

Celui qui a cautionné plusieurs débiteurs solidaires, est autorisé à répéter contre chacun d'eux, la totalité de ce qu'il a payé. Art. 2030.

Celui, au contraire, qui n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires, est bien subrogé, pour le tout, contre ce dernier; mais il ne peut agir contre les autres, que dans la mesure du recours qui compéterait au codébiteur qu'il a cautionné[4].

Il en résulte, d'une part, qu'il est obligé de diviser son recours, comme ce codébiteur eût été lui-même tenu de le faire[5]; d'autre part, qu'il reste soumis à toutes les exceptions de nature à pouvoir

[4] Arg. *a contrario* art. 2030. *Non obstat* art. 1251, n° 3. Le cautionnement fourni par l'un des codébiteurs solidaires seulement, ne crée de relation juridique qu'entre le fidéjusseur et celui des codébiteurs qu'il a cautionné. Si, de fait, la dette par lui garantie est aussi la dette des autres codébiteurs, il n'existe cependant aucun rapport de droit entre ces derniers et lui, et l'on ne peut pas dire qu'il soit tenu avec eux ou pour eux dans le sens du n° 3 de l'art. 1251. Cette disposition et la subrogation légale aux droits du créancier qu'elle établit étant ainsi écartées, on est bien forcé de reconnaître que le fidéjusseur d'un seul des codébiteurs solidaires ne peut, *ipso jure*, en vertu du paiement par lui fait, avoir de recours à exercer contre les autres codébiteurs, que du chef de celui qu'il a cautionné. C'est évidemment à ce point de vue que s'est placé le législateur en rédigeant l'art. 2030, qui n'aurait aucun sens, si on ne devait l'entendre d'une manière restrictive. En vain objecte-t-on qu'il serait injuste que la caution supportât la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des autres codébiteurs ou de celui-là même qu'elle a cautionné, alors surtout qu'elle n'eût pas subi cette perte, si le créancier, au lieu de la poursuivre, avait dirigé ses poursuites contre l'un des débiteurs solvables. C'est précisément le résultat contraire qui serait tout à la fois inique et inadmissible en droit. Pourquoi la caution qui n'a cautionné que l'un des codébiteurs solidaires, serait-elle vis-à-vis des autres affranchie de toute chance de perte ? Celui des codébiteurs solidaires que la caution rechercherait pour le total de la dette, ne serait-il pas, à son tour, subrogé contre les autres codébiteurs et contre leurs cautions, jusqu'à concurrence du moins de la part contributoire de chacun d'eux, soit dans la dette elle-même, soit dans la perte résultant des insolvabilités ? Ne voit-on pas dès lors qu'un recours solidaire n'a pu être admis exceptionnellement en faveur de la caution, qu'autant qu'ayant cautionné tous les codébiteurs solidaires, elle a contre chacun d'eux une action personnelle pour le total de la dette. Voy. les autorités citées aux deux notes suivantes.

[5] Duranton, XVIII, 355. Ponsot, n° 261. Troplong, n° 379. Taulier, VII, p. 34. Mourlon, *Des subrogations*, n°s 108 et suiv. Pont, II, 278. Voy. en sens contraire : Marcadé, IV, 717 et suiv.; Gauthier. *De la subrogation*, n°s 433 et suiv.; Larombière, *Des obligations*, III, p. 349, n° 50.

être opposées à ce dernier[6]; et enfin, qu'il ne jouit d'aucune action contre celui des codébiteurs qui, n'ayant pas d'intérêt personnel à la dette, et qui ne s'étant obligé que dans l'intérêt de ses codébiteurs, eût été affranchi de tout recours de leur part, s'ils avaient eux-mêmes désintéressé le créancier. Art. 1216.

Du reste, rien ne s'oppose à ce que le fidéjusseur, qui, n'ayant cautionné qu'un seul des codébiteurs solidaires, ne jouit pas contre les autres de la subrogation légale aux droits du créancier, ne s'y fasse conventionnellement subroger. Cette subrogation conventionnelle produira tous les effets qui y sont attachés de Droit commun[7].

La caution qui s'est engagée à la prière du débiteur principal, ou même à son insu, mais non contre sa volonté, jouit, après avoir acquitté la dette, et ce, indépendamment du recours fondé sur la subrogation légale, d'une action de mandat ou de gestion d'affaires contre ce débiteur[8]. En vertu de cette action, elle peut, non-seulement répéter les sommes qu'elle a payées au créancier en l'acquit de ce dernier, c'est-à-dire celles qu'elle serait en droit de deman-

[6] Duranton, Ponsot, Troplong, Taulier, Mourlon, *locc. citt.* Massé, Sir., 61, 1, 577, à la note. Req. rej., 19 avril 1854, Sir., 55, 1, 17. Grenoble, 30 juillet 1859, Sir., 60, 2, 190. Voy. en sens contraire : Pont, *loc. cit.*; Req. rej., 10 juin 1861, Sir., 61, 1, 577. Par ce dernier arrêt, la chambre des requêtes, tout en admettant la première des conséquences indiquées au texte, rejette la seconde. Il y a, dans cette double décision, une inconséquence palpable. Si le fidéjusseur qui n'a cautionné qu'un seul des codébiteurs solidaires ne peut, après avoir payé, agir *in solidum* contre les autres, c'est parce qu'il n'est pas, par suite du paiement qu'il a fait, légalement subrogé aux droits du créancier ; et si, en l'absence de toute subrogation aux actions de ce dernier, il ne peut avoir de recours à exercer que du chef du codébiteur qu'il a cautionné, il doit nécessairement être soumis aux mêmes exceptions que ce codébiteur.

[7] Il est vrai que la subrogation conventionnelle, surabondamment accordée dans des cas où la loi admet la subrogation légale, ne saurait produire des effets plus étendus que celle-ci. Mais on ne comprendrait pas qu'en l'absence de subrogation légale, la subrogation conventionnelle ne pût pas être consentie, d'une manière aussi efficace, au profit d'une caution, qu'au profit d'un étranger. Duranton, XVIII, 355. Taulier, VII, p. 34. Gauthier, *op. cit.*, p. 477. Voy. en sens contraire : Ponsot, n° 261; Troplong, n° 379; Rodière, *De la solidarité*, n°s 133 et 158; Pont, II, 279.

[8] En général, l'action contraire *negotiorum gestorum* est moins étendue que celle qui naît du mandat ; mais, en matière de cautionnement, la loi attribue les mêmes effets à ces deux actions. Art. 2028, al. 1. Pont, II, 227.

der en vertu de la subrogation légale[9], et notamment les frais faits contre le débiteur[10], mais encore réclamer les intérêts, à partir du jour du paiement[11], des sommes qu'elle a déboursé ', soit en principal, soit en intérêts[12], les frais faits par elle ou contre elle depuis la dénonciation au débiteur des poursuites dirigées à son encontre, enfin les dommages-intérêts qui peuvent lui être dus selon les circonstances[13]. Art. 2028.

Au contraire, la caution qui s'est obligée malgré la défense du débiteur, n'ayant contre ce dernier aucune action de mandat ou de

[9] L'action de mandat ou de gestion d'affaires, qui dure trente ans à dater du jour du paiement fait par la caution, peut, même pour ces sommes, lui devenir utile, dans le cas où la créance principale se trouvant éteinte par prescription, elle ne serait plus recevable à faire valoir la subrogation qui s'est opérée à son profit. D'un autre côté, la caution qui n'a garanti qu'une partie de la dette, peut, après s'être acquittée de son obligation, demander, en vertu de l'action de mandat ou de gestion d'affaires, à concourir sur le produit des biens du débiteur principal avec le créancier, sans que ce dernier soit admis à s'y opposer sur le fondement de l'art. 1252, qui ne s'applique qu'en matière de subrogation. Pont, II, 275. Rennes, 22 mai 1858, Sir., 59, 2, 298. Req. rej., 1er août 1860, Sir., 61, 1, 366.

[10] Cpr. art. 2016. La rédaction du second alinéa de l'art. 2028 est évidemment vicieuse. En prenant cet article à la lettre, il en résulterait que la caution n'aurait pas de recours pour les frais faits contre le débiteur, ce qui n'est pas admissible. Au lieu de dire : « Néanmoins la caution n'a de recours *que pour* « *les frais par elle faits depuis*, etc., » il fallait dire : « Néanmoins la caution « n'a de recours, *quant aux frais par elle faits, que pour ceux qui ont eu lieu* « *depuis*, etc. » Duranton, XVIII, 350. Troplong, n° 350. Pont, II, 239 et 240. Zachariæ, § 426, note 6.

[11] Delvincourt, III, p. 261. Duranton, XVIII, 352. Ponsot, n° 240. Troplong, n° 345. Pont, II, 238. Zachariæ, § 426, texte et note 4. Civ. rej., 21 juin 1825, Sir., 26, 1, 301. Voy. aussi les arrêts cités à la note suivante.

[12] Duranton, XVIII, 352. Troplong, n° 346. Ponsot, n° 240. Pont II, 237. Zachariæ, § 426, note 3. Civ. rej., 21 juin 1825, Sir., 26, 1, 301. Toulouse, 4 février 1829, Sir., 29, 2, 196. Caen, 7 août 1840, Sir., 40, 2, 528. Caen, 4 juillet 1842, Sir., 43, 2, 247. Voy. en sens contraire : Larombière, *Des obligations*, I, p. 549 et suiv., n° 37. L'opinion de cet auteur se rattache à celle qu'il professe en matière de gestion d'affaires. La réfutation en sera donnée au § 441.

[13] Ainsi, par exemple, si les biens de la caution ont été vendus sur la poursuite du créancier, elle a droit à des dommages-intérêts, indépendamment de l'intérêt légal des sommes qu'elle aura payées, ou que la vente de ses biens aura produites. Cpr. art. 1153, al. 1. Duranton, XVIII, 351. Pont, II, 241 et 242. Zachariæ, § 426, note 5.

gestion d'affaires, ne peut réclamer, ni les frais faits par elle ou contre elle, ni les intérêts des sommes qu'elle a payées, ni, à plus forte raison, des dommages-intérêts[14]. Il semble même qu'elle ne serait pas admise à répéter, de son propre chef, par l'action *de in rem verso*, le principal et les intérêts qu'elle aurait payés à la décharge du débiteur[15].

La caution, engagée au su du débiteur principal, jouit des recours dont il vient d'être parlé, alors même que, sur les poursuites du créancier, elle a payé une seconde fois la dette antérieurement acquittée par le principal obligé, si ce dernier ne l'a pas averti du paiement par lui fait[16].

Mais, par exception aux règles ci-dessus posées, la caution est privée de tout recours contre le débiteur, soit du chef du créancier, soit de son propre chef :

1° Lorsque, ayant négligé d'avertir le débiteur principal du paiement qu'elle a fait, ce dernier a payé une seconde fois. Art. 2031, al. 1.

2° Lorsqu'elle a payé sans avoir été poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, et que celui-ci avait, au moment du paiement, des moyens pour faire rejeter l'action du créancier. Si la caution n'avait payé que sur les poursuites de ce dernier, le défaut d'avertissement ne la priverait pas de son recours contre le débiteur[17]. Art. 2031, al. 2.

Dans les deux hypothèses indiquées par l'art. 2031, la caution

[14] Duranton, XVIII, 317. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1375, n° 4 ; Pont, II, 245.

[15] On ne peut expliquer un cautionnement donné contre la volonté du débiteur, que par l'intention, de la part de la caution, de se contenter de la subrogation légale, dont elle jouit même dans cette hypothèse (cpr. texte et note 2 *supra*), en renonçant à tout recours à exercer de son propre chef. Cpr. § 441, texte n° 2. Toullier, XI, 55 et 62. Voy. cep. Troplong, n°s 329 et 330 ; Ponsot, n° 251.

[16] L. 29, § 2, D. *mand.* (17, 1). Pothier, n° 438. Zachariæ, § 426, note 8. Lyon, 14 mai 1857, Sir., 58, 2, 16. Voy. cep. Pont, II, 255.

[17] Troplong, n°s 383 à 386. Ponsot, n° 240. Lyon, 14 mai 1857, Sir., 58, 2, 16. Voy. en sens contraire : Delvincourt, II, p. 265 ; Duranton, XVIII, 357 ; Zachariæ, § 426, texte et note 9. Cpr. aussi : Taulier, VII, p. 35 ; Pont, II, 258. L'opinion de ces auteurs est inconciliable avec le texte du second alinéa de l'art. 2031 ; et ce texte est d'autant plus décisif, qu'il n'a fait que reproduire la doctrine de Domat. Lois civiles, liv. III, n° 7. Voy. aussi : Pothier, n° 438.

n'a qu'une action en répétition contre le créancier. Encore, cette action n'est-elle pas toujours ouverte à son profit dans la seconde de ces hypothèses[18].

La caution, même solidaire[19], qui s'est obligée, fût-ce à l'insu du débiteur principal[20], mais sans opposition de sa part, peut, même avant d'avoir payé, agir contre ce dernier pour obtenir sa décharge, ou des sûretés destinées à garantir l'efficacité de son recours ultérieur[21] : 1° si elle est poursuivie par le créancier; 2° si le débiteur est tombé en faillite ou en déconfiture; 3° s'il s'est obligé envers la caution à lui rapporter, dans un certain temps, la décharge du cautionnement, et que ce temps soit expiré; 4° si la dette est devenue exigible par l'événement de la condition ou l'échéance du terme, quoique le créancier n'ait pas encore exercé de poursuites; 5° enfin, après l'expiration de dix années, à compter du jour du cautionnement, lorsque l'obligation principale n'a aucun terme d'échéance ou de cessation[22]. Si cette obligation, sans être d'une durée absolument indéfinie, était de nature à ne pouvoir s'éteindre qu'après un certain laps de temps[23], la caution ne pourrait demander sa décharge avant l'expiration de ce temps, quelque incertaine qu'en fût d'ailleurs la durée. Art. 2032.

§ 428.

De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur,

18 La caution, par exemple, n'aura point de recours à exercer contre le créancier, si elle a payé volontairement, et en connaissance de cause, une dette prescrite.

19 Ponsot, n° 276. Troplong, n°s 413 et 414. Rodière, *op. cit.*, n° 168. Pont, II, 304.

20 Ponsot, n°s 275 et 276. Troplong, n°s 411 et 412. Voy. en sens contraire : Pont, II, 303.

21 Tel nous paraît être le sens du terme *indemnité*, qui, dans l'art. 2032, est employé d'une manière impropre, puisqu'une indemnité proprement dite suppose un paiement déjà fait ou une perte déjà éprouvée. Cpr. Duranton, XVIII, 359; Troplong, n°s 391 et 392; Ponsot, n° 266; Zachariæ, § 426, texte et note 11; Bordeaux, 22 janvier 1832, Sir, 32, 2, 378; Grenoble, 3 août 1853, Sir., 54, 2, 449. Voy. cep. Pont, II, 299.

22 C'est ce qui a lieu pour une rente constituée. Duranton, XVIII, 364. Ponsot, n° 271. Troplong, n° 405. Taulier, VII, p. 38 et suiv. Pont, II, 294.

23 Cela a lieu, par exemple, pour une rente viagère. Duranton, Ponsot, Troplong et Taulier, *locc. citt.* Pont, II, 295 et 296.

pour une même dette, celle des cautions qui a acquitté la dette, est subrogée contre les autres aux droits du créancier, pourvu que le paiement ait eu lieu dans l'un des cas prévus par l'art. 2032 [1]. La caution ne peut cependant, en vertu de cette subrogation, exercer de recours contre ses cofidéjusseurs, que pour la part virile de chacun d'eux dans la dette ; et ce, quand même elle se serait fait conventionnellement subroger aux droits du créancier[2]. Art. 1251, n° 3, cbn. 2033.

Du reste, la caution est privée de toute action contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'elle a payé dans des circonstances où elle n'aurait pas de recours à exercer contre le débiteur lui-même.

§ 429.

Des différentes manières dont le cautionnement s'éteint.

1° Le cautionnement s'éteint, comme tous les engagements accessoires, avec l'obligation principale.

C'est ainsi que le paiement intégral, fait par le débiteur principal, entraîne l'extinction du cautionnement. En cas de paiement partiel d'une dette partiellement cautionnée, l'imputation se fait sur la portion non cautionnée, et le cautionnement continue de subsister jusqu'à parfaite solution[1].

C'est ainsi encore que le cautionnement s'éteint par la novation

[1] Selon MM. Duranton (XVIII, 366) et Ponsot (n° 202), les hypothèses indiquées aux n°s 1, 2 et 4 de l'art. 2032 seraient les seules dans lesquelles la caution aurait un recours contre ses cofidéjusseurs. Mais cette opinion, contraire au texte de l'art. 2033, est encore en opposition formelle avec l'explication qu'en a donnée Chabot dans son rapport au Tribunat (Locré, *Lég.*, XV, p. 347, n° 23). Il faut donc reconnaître que la caution a également un recours contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'elle a payé dans l'un des cas prévus par les n°s 3 et 5 de l'art. 2032. Troplong, n° 425. Pont, II, 314.

[2] Arg. art. 875 et 1214. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 4, et note 40 ; § 321, texte n° 4, et note 82. Pont, II, 314.

[1] Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où il existe deux dettes, l'une, cautionnée, l'autre, non cautionnée. Cpr. § 320, note 12. Il s'agit ici d'une dette unique, et bien qu'elle n'ait été cautionnée que partiellement, on doit admettre, d'après la nature même du cautionnement, dont l'objet est de faire accomplir par la caution l'obligation à laquelle le débiteur principal ne satisfait pas, que la première demeure engagée, tant que la dette n'a pas été intégralement acquittée par ce dernier. Troplong, n° 247. Pont, II, 394. Civ. cass., 12 janvier 1857, Sir., 57, 1, 349. Voy. en sens contraire : Ponsot, n° 345.

opérée à l'égard du débiteur principal, et notamment par celle qu'entraîne la dation en paiement d'un immeuble, ou de quelque autre objet. Art. 1281, al. 2. Il ne renaîtrait même pas, bien que le créancier fût évincé de l'objet à lui livré[2]. Art. 2038.

Ces dispositions, qui supposent une dation en paiement volontairement acceptée par le créancier, et dont l'effet a été de libérer le débiteur principal, ne sont applicables, ni au cas où le créancier s'est rendu adjudicataire sur expropriation forcée de l'immeuble hypothéqué[3], ni à celui où il a simplement formé une demande en collocation non suivie de paiement[4], ni même à celui où il a reçu, non par un pur effet de sa volonté, mais en vertu d'une condition du cautionnement, les objets livrés en paiement[5].

Du reste, la disposition de l'art. 2038 peut être invoquée par la caution solidaire, aussi bien que par la caution simple[6].

Enfin, le cautionnement s'éteint aussi par la remise volontaire de la dette, consentie par le créancier au profit du débiteur principal, et par la compensation opérée du chef de ce dernier[7].

2° En second lieu, le cautionnement s'éteint en lui-même, et abstraction faite de son caractère d'engagement accessoire, par les mêmes causes que les obligations en général. Art. 2034. Il y a cependant à cet égard trois observations à faire :

Lorsque la caution devient créancière du créancier de l'obligation principale, la créance de la caution et l'engagement résultant du cautionnement ne se compensent pas de plein droit. La compensation ne s'opère, en pareil cas, que du jour où elle a été opposée par la caution[8].

La réunion, dans une même personne, de la qualité de débiteur et de celle de caution, n'entraîne pas de confusion dans le sens de l'art. 1300. Elle laisse subsister les effets du cautionnement, par

[2] Cpr. § 292, texte n° 1, et note 4; § 324, texte n° 5, et note 48. Aux autorités citées à ces notes, ajoutez encore dans le sens de notre opinion : Marcadé, sur l'art. 1243; Pont (*Des petits contrats*, II, 399 et 400), qui s'était d'abord prononcé en sens contraire (*Des hypothèques*, n° 1230).

[3] Pont, II, 404. Civ. rej., 19 janvier 1863. Sir., 63, 1, 187.

[4] Zachariæ, § 428, note 1re. Colmar, 22 avril 1815, Sir., 17, 2, 41.

[5] Req. rej., 23 novembre 1857, Sir., 58, 1, 687.

[6] Req. rej., 10 mai 1858, Sir., 59, 1, 161.

[7] Art. 1287, al. 1, et art. 1294, al. 1. Cpr. art. 1287, al. 2 et 3, 1288 et 1294, al. 2; § 323, texte B, notes 21 à 26.

[8] Cpr. § 326, texte n° 4 et note 23.

exemple, en ce qui concerne les hypothèques constituées par la caution[9]; et elle ne libère pas le certificateur de caution. Art. 2035. On doit également conclure de là que, si la caution d'un incapable devient son héritier, elle reste valablement obligée *ex causa fidejussoria,* tout en succédant à l'action en nullité ou en rescision contre l'obligation principale[10].

La prescription, alors même qu'elle s'est accomplie sans interruption au regard de la caution, ne peut être invoquée par cette dernière, lorsqu'elle a été interrompue vis-à-vis du débiteur principal, soit par un acte d'interpellation, soit par sa reconnaissance. Art. 2250[11].

3° Indépendamment de ces diverses causes d'extinction, la caution cesse d'être obligée, lorsque la subrogation aux droits du créancier, par exemple, aux hypothèques ou priviléges attachés à la créance, est devenue impossible par un fait positif ou par la négligence de ce dernier[12]. Art. 2037. Si cette impossibilité provient, soit d'un fait exclusivement personnel à la caution, soit même

[9] Toullier, VII, 427. Duranton, XII, 376. Troplong, n° 488. Pont, II, 339.

[10] Toullier, VII, 428. Duranton, XII, 375. Ponsot, n° 323. Pont, II, 338. Voy. encore : Riom, 5 août 1840, Sir., 40, 2, 492.

[11] Voy. à la note 65 du § 215, la critique de cet article, dont la disposition n'est pas en harmonie avec celle de l'art. 2034.

[12] Les termes *par le fait du créancier* sont généraux, et comprennent, non-seulement les faits positifs ou de commission, mais encore les faits négatifs ou d'omission et de négligence. Il est vrai que Pothier (*Des obligations,* n° 557) n'accorde à la caution l'exception *cedendarum actionum,* qu'autant que le créancier s'est, par *un fait positif,* mis hors d'état de la subroger à ses droits. Mais il n'est pas vraisemblable que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu consacrer cette distinction : si telle avait été leur pensée, ils n'eussent pas manqué de reproduire les expressions *fait positif,* dont Pothier s'est servi. Cette distinction paraît d'ailleurs incompatible avec la disposition de l'art. 1383, qui assimile la simple négligence à la faute positive. Il faut donc admettre que la caution peut invoquer l'art. 2037, dans le cas, par exemple, où le créancier aurait négligé de prendre ou de renouveler en temps utile une inscription hypothécaire. Delvincourt, sur l'art. 2037. Troplong, *De la vente,* II, 941; *Du cautionnement,* n°s 565 à 567. Duvergier, *De la vente,* II, 276 et suiv. Duranton, XVIII, 382. Ponsot, n° 382. Gauthier, *De la subrogation,* n° 531. Taulier, VII, p. 46; Pont, II, 380 et 381. Pau, 3 janvier 1824, Sir., 26, 2, 57. Civ. cass., 25 juillet 1827, Sir., 28, 1, 17. Toulouse, 27 août 1829, Sir., 30, 2, 89. Req. rej., 23 mai 1833, Sir., 33, 1, 574. Civ. rej., 17 août 1836, Sir., 36, 1, 632. Req. rej., 29 mai 1838, Sir., 38, 1, 550. Civ. cass., 14 juin 1841, Sir., 41, 1, 465. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455. Civ. rej., 23 février 1857,

d'un fait qui lui soit tout aussi bien imputable qu'au créancier, elle ne peut s'en prévaloir pour obtenir sa décharge [13].

La disposition de l'art. 2037 ne s'applique qu'aux droits et sûretés existant dès avant le cautionnement, ou constitués en même temps que ce dernier. Elle ne concerne, ni les droits qui ne se sont ouverts que postérieurement à l'établissement du cautionnement, ni les sûretés que le créancier s'est procurées ou qui lui ont été fournies depuis cette époque [14]. A plus forte raison, ne s'étend-elle pas à des sûretés que le créancier aurait pu obtenir, et qu'il a négligé de se procurer [15].

Sir., 57, 1, 359. Toulouse, 2 mai 1859, Sir., 59, 2, 416. Req. rej., 7 juillet 1862, Sir., 62, 1, 799. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 171 ; Mourlon, *De la subrogation*, p. 518 et suiv. ; Zachariæ, § 428, texte et note 2 ; Caen, 3 juillet 1841, Sir., 41, 2, 493 ; Toulouse, 19 mars 1842, Sir., 44, 1, 71 ; Agen, 9 juin 1842, Sir., 42, 2, 543.

[13] Civ. cass., 10 août 1814, Sir., 15, 1, 242. Req. rej., 13 mai 1835, Sir., 35, 1, 338. Civ. rej., 23 décembre 1845, Sir., 46, 1, 107. Civ. rej., 26 mai 1846, Sir., 46, 1, 739.

[14] L'art. 2037, à la vérité, ne distingue pas. Mais cette considération ne nous paraît pas déterminante. On ne peut, en effet, expliquer l'art. 2037, qu'en partant de l'idée que le tiers qui se porte caution d'une dette à laquelle étaient déjà affectées d'autres sûretés, ne s'étant vraisemblablement engagé qu'en vue de ces sûretés et dans l'espérance d'y trouver la garantie de son recours, il y aurait injustice à ce qu'il pût en être privé par le fait du créancier. Ce serait donc donner à la disposition de l'art. 2037, une extension contraire au fondement sur lequel elle repose, que de l'appliquer à des sûretés sur lesquelles la caution n'a pu compter au moment où elle s'est engagée. Indépendamment de ce motif général, qui porte également sur les sûretés volontairement fournies par le débiteur, et sur celles que le créancier s'est procurées par son propre fait, telle, par exemple, qu'une hypothèque judiciaire, on peut dire encore, en ce qui concerne particulièrement ces dernières, qu'il n'existe aucune raison de justice ou d'équité qui oblige le créancier à conserver, dans l'intérêt de la caution, des sûretés qu'il ne doit qu'à sa diligence personnelle. Mourlon, *De la subrogation*, p. 526 et suiv. Bertauld, *De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*, n° 159. Pont, II, 377. Zachariæ, § 428, texte et note 4. Civ. cass., 14 janvier 1831, Sir., 31, 1, 97. Req. rej., 12 mai 1835, Sir., 35, 1, 338. Civ. cass., 27 novembre 1861, Sir., 62, 1, 129. Civ. cass., 10 décembre 1866, Sir., 67, 1, 15. Nancy, 13 avril 1867, Sir., 68, 2, 81. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 382 ; Ponsot, n° 334 ; Troplong, n°s 570 et 571 ; Gauthier, *De la subrogation*, n°s 535 à 538 ; Taulier, VII, p. 47 ; Caen, 18 mars 1828, Sir., 28, 2, 121.

[15] Pont, II, 378. Pau, 25 août 1851, Sir., 52, 2, 29. Civ. cass., 3 mai 1861, Sir., 61, 1, 682.

D'un autre côté, le créancier n'encourt pas la déchéance établie par l'art. 2037, pour avoir simplement fait prononcer la faillite du débiteur [16].

Lorsque la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est affranchie de son engagement que dans la même proportion [17]. Et, dans le cas même où la subrogation serait devenue impossible pour le tout, la caution n'en resterait pas moins obligée, si cette impossibilité ne lui causait aucun préjudice, à raison de l'inefficacité des sûretés auxquelles le créancier aurait renoncé [18].

Au surplus, le bénéfice de l'art. 2037 appartient à la caution solidaire, aussi bien qu'à la caution simple [19].

[16] Req. rej., 7 avril 1869, Sir., 70, 1, 160.

[17] Pont, II, 374 et 375. Toulouse, 2 janvier 1823, Sir., 23, 2, 118.

[18] Troplong, nº 572. Ponsot, nº 334. Pont, II, 376. Civ. rej., 8 mai 1850, Sir., 50, 1, 597. Civ. rej., 19 janvier 1863, Sir., 63, 1, 187.

[19] Merlin, *Quest.*, vº Solidarité, § 5. Duranton, XVIII, 382, à la note. Mourlon, *De la subrogation,* p. 514. Ponsot, nº 529. Pont, II, 368. Zachariæ, § 428, note 3. Bordeaux, 19 août 1822, Sir., 23, 2, 133. Pau, 3 janvier 1824, Sir., 26, 2, 57. Caen, 18 mars 1828, Sir., 28, 2, 121. Civ. rej., 17 août 1836, Sir., 36, 1, 632. Req. rej., 29 mai 1838, Sir., 38, 1, 550. Civ. cass., 14 juin 1841, Sir., 41, 1, 465. Req. rej., 20 mars 1843, Sir., 43, 1, 455. Limoges, 28 mars 1844, Sir., 44, 2, 143. Amiens, 25 mars 1847, Sir., 47, 2, 337. Req. rej., 9 janvier 1849, Sir., 49, 1, 278. Civ. rej., 8 mai 1850, Sir., 50, 1, 597. Orléans, 3 avril 1851, Sir., 51, 3, 555. Req. rej., 16 mars 1852, Sir., 52, 1, 636. Civ. rej., 23 février 1857, Sir., 57, 1, 359. Nancy, 19 février 1858, Sir., 58, 2, 444. Toulouse, 2 mai 1859, Sir., 59, 2, 416. Civ. rej., 19 janvier 1863, Sir., 63, 1, 187. Voy. en sens contraire : Troplong, nº 557; Rouen, 7 mars 1819, Sir., 19, 2, 72; Limoges, 21 mai 1835, Sir., 35, 2, 455; Agen, 10 juillet 1837, Sir., 39, 2, 291. L'argumentation de M. Troplong, peut se résumer ainsi qu'il suit : La subrogation légale admise par l'art. 1251, nº 3, et par l'art. 2029, n'a fait que remplacer l'exception *cedendarum actionum* du Droit romain et de notre ancienne jurisprudence; elle ne saurait avoir plus d'effet que cette exception, et n'oblige dès lors le créancier à céder ses actions que telles qu'il les possède au moment du paiement, sans l'astreindre à conserver des sûretés attachées à sa créance. Cette subrogation n'étant pas le principe de la déchéance prononcée par l'art. 2037, il faut le chercher ailleurs, et on ne peut le trouver que dans le bénéfice de discussion : d'où la conséquence que la caution solidaire, qui ne jouit pas du bénéfice de discussion, n'est pas non plus recevable à se prévaloir de la disposition de l'art. 2037. Cette argumentation ne nous paraît pas concluante. Nous admettons tout ce que dit M. Troplong sur l'origine et les effets de la subrogation légale. Cpr. § 298 *ter*, texte et note 47. Mais de ce qu'en principe cette subrogation n'oblige pas le créancier à conserver les sûretés

Il peut également être invoqué par celui qui, sans se rendre

affectées à sa créance, il n'en résulte pas que le législateur n'ait pu exceptionnellement, et par des raisons particulières, y attacher cet effet. Or, c'est ce que, par l'art. 2037, il a fait au profit de la caution, en suivant les errements de notre ancienne jurisprudence, et par le motif de justice ou d'équité que nous avons déjà indiqué à la note 14 *supra*. Que si les rédacteurs du Code ne sont pas allés dans cette voie aussi loin que notre ancienne jurisprudence, en ce qu'ils n'ont pas accordé au codébiteur solidaire la même faveur qu'à la caution, cela s'explique par les raisons développées à la note 47 du § 298 *ter*. Mais il ressort de ces mêmes raisons, qu'au point de vue où ils se sont placés pour conférer à la caution le bénéfice spécial établi par l'art. 2037, ils ne devaient faire aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. La solidarité, à laquelle la caution s'est soumise, donne bien au créancier un droit de poursuite plus énergique, mais ne le dispense pas, pour cela, de l'obligation de conserver les sûretés en contemplation desquelles le cautionnement a été fourni. Aussi l'art. 2037 ne fait-il aucune distinction entre la caution simple et la caution solidaire. Nous ajouterons que le système de M. Troplong conduit à des conséquences inconciliables avec le texte de cet article. En effet, si le bénéfice de discussion devait être le fondement de la décharge établie au profit de la caution par l'art. 2037, il faudrait, pour être conséquent, refuser l'avantage de cette décharge, non-seulement à la caution solidaire, laquelle ne jouit pas du bénéfice de discussion, mais à la caution simple elle-même, dans le cas où il s'agirait de sûretés constituées sur des biens qui, ayant été aliénés par le débiteur, ne sauraient plus susceptibles de former l'objet d'une réquisition de discussion. En renonçant à de pareilles sûretés après l'aliénation de ces biens par le débiteur, le créancier ne porte, par son fait, aucune atteinte au bénéfice de discussion ; et il est évident cependant qu'il encourt l'application de l'art. 2037. La même observation s'applique au cas où le créancier aurait renoncé à des hypothèques établies sur des immeubles situés hors du ressort de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait. Art. 2023. D'un autre côté, le système de M. Troplong, appliqué à l'hypothèse d'une dette cautionnée par deux fidéjusseurs qui auraient renoncé au bénéfice de division, conduirait à cette conséquence que la décharge accordée par le créancier à l'un des fidéjusseurs, ou sa renonciation aux sûretés fournies par ce dernier, laisserait intacte son action contre l'autre, puisqu'il n'aurait porté, par cette décharge ou cette renonciation, aucune atteinte au bénéfice de discussion, qui s'applique exclusivement aux biens du débiteur principal, ni même au bénéfice de division, auquel les fidéjusseurs avaient renoncé. Or, cette conséquence est inadmissible en présence de l'art. 2037. Aussi est-elle repoussée par M. Troplong lui-même (nos 553 à 556), qui nous paraît être ainsi tombé dans une palpable contradiction. Cette contradiction a sans doute échappé à son attention, parce que, dans sa pensée telle qu'il l'exprime au n° 556, la décharge accordée par le créancier à l'un des fidéjusseurs ou sa renonciation aux sûretés données par celui-ci, restreindrait ou anéantirait le bénéfice de discussion, qui cependant ne s'applique qu'aux biens du débiteur principal.

personnellement caution, a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un tiers[20].

Mais il n'appartient, ni au codébiteur solidaire, ni au tiers détenteur d'immeubles hypothéqués[21].

4° La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne libère pas la caution, qui peut cependant, dans ce cas, agir contre le débiteur pour obtenir sa décharge. Art. 2039[22]. Il en est ainsi, alors même qu'il s'agirait d'un cautionnement fourni pour sûreté de loyers ou de fermages stipulés payables d'avance et par anticipation[23].

On doit décider, par la même raison, que la simple abstention de poursuites de la part du créancier, ne libère pas la caution, bien que le débiteur soit devenu insolvable depuis l'époque de l'exigibilité de la dette[24].

Le cautionnement ne s'éteint pas non plus par la mort de la caution. Ses obligations passent à ses héritiers. Art. 2017[25].

[20] Quoique ce tiers ne soit pas une véritable caution, on doit cependant reconnaître qu'il n'est, ainsi que la caution, qu'accessoirement tenu de la dette d'autrui, et qu'il est fondé à dire, comme cette dernière, qu'il n'a entendu s'engager qu'en contemplation des sûretés fournies par le débiteur. Mourlon, *De la subrogation*, p. 514. Bertauld, *op. cit.*, n° 159. Voy. en sens contraire : Troplong, n° 562 ; Gauthier, *op. cit.*, n° 512 ; Pont, *Des hypothèques*, n° 608, et *Des petits contrats*, II, 371 ; Zachariæ, § 266, note 1re, et § 428, note 3. Cpr. aussi : Civ. cass., 25 novembre 1812, Sir., 13, 1, 177 ; Civ. cass., 10 août 1814, Sir., 15, 1, 242. Le premier de ces arrêts, rendu par défaut, avait formellement consacré l'opinion contraire à celle que nous avons émise. Mais la cour régulatrice, ayant été saisie une seconde fois de la question, par suite de l'opposition formée à son premier arrêt, n'a pas maintenu la thèse qu'elle avait d'abord établie, et s'est décidée par d'autres motifs.

[21] Voy. § 298 *ter*, texte n° 5, *in fine*, et note 47; § 287, texte n° 2, et note 30.

[22] Le renouvellement de billets, même négociables, garanti par un cautionnement, doit, en général, être plutôt considéré comme une simple prorogation de terme, que comme une novation de nature à entraîner l'extinction de la dette. Req. rej., 16 juin 1846, Sir., 46, 1, 440. Cpr. cep. Caen, 24 mai 1842, Sir., 42, 2, 488.

[23] Req. rej., 17 août 1859, Sir., 60, 1, 145.

[24] Troplong, n° 568. Mourlon, *Des subrogations*, p. 525. Demolombe, XXV, 650. Pont, II, 382. Agen, 26 novembre 1836, Sir., 37, 2, 102. Civ. cass., 22 janvier 1849, Sir., 49, 1, 182. Civ. cass., 8 mai 1861, Sir., 61, 1, 582. Nancy, 13 avril 1867, Sir., 68, 2, 81.

[25] L'exception relative à la contrainte par corps n'a plus aujourd'hui d'application, par suite de l'abolition de cette voie de contrainte en matière civile et commerciale. Loi du 22 juillet 1867.

3. *Du nantissement.*

SOURCE. *Code Napoléon*, art. 2071-2091. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité du nantissement et de l'antichrèse.* Ces traités forment les chap. 4 et 5 de celui des hypothèques. *Du nantissement*, par Troplong ; Paris 1847 ; 1 vol. in-8°. Pont, *Des petits contrats*, II, n[os] 1049 à 1312.

§ 430.

Du nantissement en général.

Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur, ou un tiers, remet au créancier un objet, mobilier ou immobilier, destiné à lui servir de sûreté. Art. 2071, 2077 et 2090.

Le nantissement d'un objet mobilier s'appelle plus spécialement gage. Celui d'un objet immobilier s'appelle antichrèse. Art. 2072.

a. *Du gage*[1].

§ 431.

Notion du contrat de gage. — Des conditions essentielles à son existence.

Le gage est un contrat par lequel le débiteur, ou un tiers, remet au créancier un objet mobilier, corporel ou incorporel, dans le but de lui conférer le droit de se faire payer sur cet objet de préférence à d'autres créanciers[2]. Art. 2073 et 2077.

Ce contrat exige donc, comme conditions de son existence, le consentement des parties, la remise au créancier d'un objet mobilier, et l'intention de lui assurer un droit de préférence. Il n'est cependant pas indispensable que le créancier soit lui-même mis en possession de l'objet engagé : les parties peuvent convenir d'un tiers pour en recevoir le dépôt. Art. 2076.

L'existence d'un premier nantissement ne forme point obstacle à une nouvelle mise en gage du même objet, pourvu que le second créancier obtienne, conjointement avec le premier, la possession de la chose engagée, ou qu'elle soit détenue par un tiers pour leur compte commun[3].

[1] Le terme *gage* est souvent pris pour l'objet même qui est donné en nantissement.

[2] Cpr. Req. rej., 26 juin 1866, Sir., 66, 1, 337.

[3] Troplong, n[os] 315 à 318. Aix, 28 février 1840, Sir., 50, 2, 570.

§ 432.

Des conditions de la validité du contrat de gage. — Des conditions de son efficacité à l'égard des tiers.

1° Il faut, pour pouvoir donner un objet en gage, en être propriétaire, et avoir la capacité d'en disposer. Toutefois, le créancier qui, de bonne foi, a reçu du débiteur un objet dont celui-ci n'était pas propriétaire, peut, hors les cas de vol ou de perte, en refuser l'extradition au véritable propriétaire [1].

Tous les objets mobiliers, corporels ou incorporels, susceptibles d'être vendus ou cédés, peuvent aussi être donnés en gage. Il en est ainsi notamment, des rentes sur l'État [2], des brevets d'invention [3], et des droits de bail [4].

La validité du contrat de gage n'est soumise, en ce qui concerne ses effets entre les parties, à l'observation d'aucune formalité extrinsèque [5].

2° Mais ce contrat ne confère au créancier gagiste, un droit de préférence sur les autres créanciers du débiteur, que sous les conditions suivantes :

a. Lorsque l'objet engagé est un meuble corporel, et que la valeur de cet objet ainsi que le montant de la créance pour sûreté de laquelle le gage a été fourni, dépassent l'une et l'autre cent cin-

[1] Arg. art. 2102, n° 4, al. 3, et 2279. Cpr. § 290. *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 29 et 30, n° 9). Delvincourt, III, p. 438. Valette, *Des priviléges et des hypothèques*, I, n° 49, p. 53. Troplong, n°s 70 à 72. Pont, II, 1073. Cpr. Req. rej., 23 janvier 1860, Sir., 60, 1, 543. Voy. en sens contraire : Grenier, *Des hypothèques*, II, 314.

[2] Les rentes sur l'État sont, il est vrai, insaisissables; mais par cela même qu'elles sont cessibles, elles peuvent aussi être données en gage d'une manière efficace, rien ne s'opposant à ce que le créancier nanti les fasse vendre à la Bourse, pour se faire payer. Troplong, p. 407. Pont, II, 1080 et 1151. Paris, 17 janvier 1854, Sir., 54, 2, 209. Paris, 17 janvier 1868, Sir., 68, 2, 79.

[3] Pont, II, 1103. Paris, 29 août 1865, Sir., 66, 2, 24.

[4] Pont, *loc. cit.* Civ. cass., 13 avril 1859, Sir., 59, 1, 913. Grenoble, 4 janvier 1860, Sir., 61, 2, 125. Req. rej., 6 mars 1861, Sir., 61, 1, 713. Paris, 11 avril et 31 mai 1866, Sir., 66, 2, 315.

[5] *Rapport* du tribun Gary (Locré, *Lég.*, XVI, p. 38 et 39, n° 7). Duranton, XVIII, 512. Troplong, n° 114. Pont, II, 1098. Zachariæ, § 433, texte et note 2. Paris, 29 mars 1832, Sir., 32, 2, 293. Req. rej., 31 mai 1836, Sir., 36, 1, 857. Bordeaux, 28 août 1840, Sir., 41, 2, 169. Cpr. Civ. rej., 2 juin 1858, Sir., 58, 1, 591.

quante francs [6], le contrat doit être constaté par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré [7]. Art. 2074.

b. L'acte instrumentaire exigé en pareil cas, doit mentionner le montant de la créance, et contenir une désignation détaillée de l'espèce et de la nature des objets remis en gage, ainsi que l'indication de leur qualité, de leur poids ou de leur mesure, si cette indication est nécessaire pour en déterminer l'individualité [8]. Cette désignation peut être valablement faite dans un acte séparé, pourvu que cet acte soit également authentique ou revêtu de la

[6] C'est ainsi qu'il faut entendre les termes de l'art. 2074, *en matière excédant la valeur de cent cinquante francs*. Ces termes, en effet, qui doivent être pris *secundum subjectam materiam*, se rapportent à la somme pour laquelle il peut y avoir conflit d'intérêt entre le créancier nanti et les autres cranciers. Or, cette somme est évidemment inférieure à cent cinquante francs, lorsque, soit la valeur de l'objet mis en gage, soit la créance pour laquelle le gage a été fourni, ne s'élève pas à ce chiffre. Duranton, XVIII, 511. Pont, II, 1099.

[7] L'enregistrement doit, en matière excédant cent cinquante francs, être considéré comme une formalité absolument indispensable pour l'efficacité du droit de gage à l'égard des tiers. En l'absence de cette formalité, le droit de gage ne pourrait être invoqué contre les tiers, lors même que l'acte de constitution aurait reçu date certaine par l'une des autres circonstances indiquées dans l'art. 1328 : en fait d'établissement de privilége, tout est de rigueur. Duranton, XVIII, 514. Massé, *Droit commercial*, VI, 480. Zachariæ, § 433, texte et note 5. Cpr. Civ. cass., 5 juillet 1820, Sir., 21, 1, 14. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 2074 ; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° Gage, n° 9 ; Valette, *op. cit.*, I, n° 49, p. 51 ; Troplong, n° 199; Bédarride, *Des faillites*, II, 904 ; Pont, II, 1091; Dijon, 18 décembre 1855, Sir., 56, 2, 353; Civ. rej., 18 février 1858, Sir., 58, 1, 365. Malgré ces imposantes autorités, nous croyons devoir maintenir notre opinion. Si, dans la pensée du législateur, la formalité de l'enregistrement avait dû pouvoir se remplacer par l'une des circonstances indiquées à l'art. 1328, il n'aurait pas eu besoin, en présence de la règle générale posée par cet article, de s'occuper spécialement de ce point dans l'art. 2074, ou tout au moins se serait-il borné, comme il l'a fait aux art. 1420, 1558, 1743, 1750 et 2102, n° 1, à exiger un acte ayant acquis date certaine.

[8] L'art. 2074 n'indique qu'en termes équivoques la manière dont on doit désigner les objets mis en gage. Mais l'esprit de la loi n'est pas douteux : la désignation doit être assez précise pour empêcher les fraudes qui pourraient se commettre par la substitution d'objets plus précieux, à ceux qui ont été primitivement donnés en gage. Duranton, XVIII, 521. Pont, II, 1095. Zachariæ, § 433, texte et note 6. Cpr. Paris, 8 juin 1809, Sir., 10, 2, 71 ; Req. rej., 4 mars 1811, Sir., 11, 1, 185; Bordeaux, 8 juin 1832, Sir., 32, 2, 655 ; Paris, 26 mai, 15 juin et 7 août 1841, Dalloz, 1841, 2, 218 et 219.

formalité de l'enregistrement. Si la désignation des objets mis en gage est complète pour quelques-uns d'entre eux, et incomplète pour les autres, le gage est efficace quant aux premiers[9]. Du reste, il n'est nécessaire d'indiquer, ni la nature de la créance pour sûreté de laquelle le gage est fourni, ni l'époque de son exigibilité, ni la forme et la date de l'acte qui la constate[10].

Les dispositions de l'art. 2074 s'appliquent à la mise en gage des effets au porteur, qui sont, à raison de leur forme, assimilables à des meubles corporels : la tradition de pareils effets, quoique suffisante pour en transférer la propriété quand elle a lieu dans cette intention, ne le serait pas pour constituer un gage efficace au regard des tiers[11]. Mais il n'est pas nécessaire

[9] Duranton, XVIII, 521 et 522. Troplong, n° 193. Pont, II, 1096. Cpr. Req. rej., 11 août 1842, Sir., 42, 1, 925. Voy. cep. Req. rej., 4 mars 1811, Sir., 11, 1, 185.

[10] Cpr. art. 2148, n°s 3 et 4.

[11] Pardessus, *Droit commercial*, IV, 1203. Duranton, XVIII, 527. Bédarride, *Des faillites*, II, 911. Pont, II, 1118 et 1119. Civ. rej., 11 août 1847, Sir., 47, 1, 641. Civ. cass., 19 juin 1860, Sir., 60, 1, 689. Rouen, 24 janvier 1861, Sir., 62, 2, 207. Voy. en sens contraire : Massé, *Droit commercial*, VI, 525; Troplong, n° 287; Harel, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 284 et 285; Bordeaux, 17 avril 1845, Sir., 45, 2, 450; Paris, 8 février 1854, Sir., 54, 2, 320; Paris, 29 mars 1856, Sir., 56, 2, 408. On allègue à l'appui de cette dernière opinion, que la disposition de l'art. 2074 est étrangère aux valeurs au porteur, qui ne constituent pas des objets corporels, mais bien des créances. On écarte ensuite l'application de l'art. 2075, auquel, d'après cette manière de voir, ces valeurs sembleraient devoir être soumises, comme toutes autres créances, en disant que les formalités établies en matière de constitution de gage étant les mêmes que celles qui sont en général requises par l'art. 1690 pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers, il faut en conclure que tout mode suffisant pour transférer la propriété de telle ou telle espèce de créances, suffit également pour l'établissement d'un gage sur des créances de la même espèce. Cette argumentation se réfute, dans ses deux branches, par les considérations suivantes : Si, par exception à la disposition de l'art. 1690, la seule tradition manuelle suffit pour transmettre la propriété des effets au porteur, c'est uniquement par le motif que de pareils effets pouvant et devant, à raison de leur forme, être assimilés à des meubles corporels, la règle de l'art. 2279 leur devient applicable ; et le même motif doit entraîner, pour leur mise en gage, l'application de l'art. 2074. D'un autre côté, de ce que les mêmes formalités sont requises par les art. 1690 et 2075 pour la transmission de la propriété, et pour le nantissement des créances en général, cela n'autorise pas à poser en thèse, que dans les cas où ces formalités ne sont plus nécessaires pour transfé-

que l'acte constatant le nantissement soit signifié au débiteur [12].

Les formalités spéciales, requises par l'art. 2074 pour l'établissement du privilége attaché au gage, ne seraient pas efficacement remplacées par un acte apparent de vente, cet acte eût-il même été enregistré et suivi de tradition [13].

rer la propriété, elles cessent également d'être exigées pour la mise en gage. L'espèce d'argument *a majori ad minus*, qui sert de fondement à cette proposition, est inadmissible en présence des art. 2074 et 2279, dont la combinaison démontre que le législateur a cru, du moins en général, devoir, dans l'intérêt des tiers, se montrer plus exigeant pour la constitution de gage, que pour la transmission de propriété. Voy. au surplus la note suivante, *in fine*.

[12] Dijon, 18 décembre 1855, Sir., 56, 2, 353. Voy. en sens contraire : Civ. cass., 30 novembre 1864, Sir., 64, 1, 503. Cpr. aussi : Civ. cass., 19 juin 1860, Sir., 60, 1, 689. D'après le système de la Cour de cassation, la mise en gage des effets au porteur tomberait sous l'application simultanée des art. 2074 et 2075, par le motif que de pareils effets, qui sont, au point de vue de la forme, assimilables à des meubles corporels, n'en constituent pas moins, quant au fond, des créances mobilières, c'est-à-dire des objets incorporels. Mais les dispositions distributives des art. 2074 et 2075, dont l'un s'applique aux meubles corporels, et l'autre aux meubles incorporels, nous paraît condamner ce système, qui, poussé dans ses dernières conséquences, conduirait à cette conclusion inadmissible, que la propriété des effets au porteur ne se transmet au regard des tiers, comme celle de toutes autres créances mobilières, que par l'accomplissement de l'une des conditions indiquées en l'art. 1690. Voy. § 183, texte n° 3, et note 21; § 359 *bis*, texte n° 2, et note 25. — Quoi qu'il en soit, les controverses qui s'étaient élevées sur ce point, et sur celui qui fait l'objet de la note précédente, doivent, à notre avis, cesser, en présence des explications données dans l'*Exposé de motifs* de la loi du 23 mai 1863, qui est devenu le titre VI du livre I du Code de commerce. Pour justifier le silence gardé par cette loi sur le nantissement des valeurs au porteur, l'orateur du gouvernement disait qu'aucune disposition spéciale n'était nécessaire en ce qui les concerne, puisque de pareilles valeurs sont, au point de vue de la mise en gage, comme à celui de la transmission de la propriété, assimilables à des meubles corporels quelconques, à des lingots, à des bijoux. Voy. Sir., *Lois annotées*, 1803, p. 26, col. 3, n° III. Bien que ces explications aient eu pour but de motiver l'application de l'art. 109 du Code de commerce au gage des effets au porteur constitué en matière commerciale, il n'en ressort pas moins, qu'aux yeux du législateur de 1863, de pareils effets doivent, en ce qui concerne les conditions requises pour l'efficacité du nantissement au regard des tiers, être placés sur la même ligne que les meubles corporels, et qu'ainsi ces conditions se trouvent déterminées en matière civile, non par l'art. 2075, mais bien par l'art. 2074.

[13] Un pareil acte n'indiquant pas le montant de la créance pour sûreté de laquelle le gage est constitué, permettrait d'étendre après coup l'exercice du

c. Si l'objet mis en gage consiste en une créance, le contrat doit, non-seulement être constaté par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, mais encore être signifié au débiteur de la créance donnée en gage; et cette double formalité est requise, alors même que la valeur de la créance donnée en gage et celle de l'obligation pour sûreté de laquelle elle a été engagée, ne dépassent pas cent cinquante francs[14]. Art. 2075.

L'acceptation du nantissement faite, dans un acte authentique, par le débiteur de la créance mise en gage, équivaut à la signification prescrite par l'art. 2075[15].

Cette signification peut, en cas de faillite, avoir lieu valablement,

privilége à des créances que le gage n'avait pas, dans l'origine, pour objet de garantir, et laisserait la porte ouverte à toutes les fraudes que doit prévenir, dans l'intérêt des créanciers, la stricte exécution de l'art. 2074. La thèse contraire est cependant enseignée par M. Troplong (n°s 204 et 207), dont l'opinion a été adoptée par M. Pont (II, 1090). M. Troplong invoque, à l'appui de sa manière de voir, la jurisprudence qui reconnaît comme valables les donations déguisées sous forme de vente, et celle qui admet que le nantissement d'effets négociables peut avoir lieu par le moyen d'un simple endossement. L'induction qu'il tire de ces deux points de jurisprudence ne nous paraît pas concluante. Que l'on déclare non recevable la demande en nullité dirigée, contre une donation déguisée sous forme de vente, par des tiers qui ne se plaignent d'aucune fraude commise à leur préjudice, cela se comprend, puisque la vente ayant, tout aussi bien que la donation, pour objet et pour résultat de transférer la propriété, ces tiers n'ont aucun intérêt légitime à critiquer la simulation. Mais il en est tout autrement dans le cas où une constitution de gage a été déguisée sous la forme d'une vente. En effet, la convention de gage ne doit pas, comme la vente, opérer transmission de propriété ; son objet, au regard des tiers, est de constituer un droit de préférence, droit dont la loi subordonne l'établissement au concours de certaines conditions, destinées à en faciliter le contrôle à tous ceux qui pourraient avoir intérêt à le contester. En pareil cas, la simulation porte donc, par elle-même, atteinte aux garanties légales établies en faveur des autres créanciers du débiteur commun. Quant à la jurisprudence relative au nantissement d'effets négociables, jurisprudence qui depuis a été confirmée par la loi du 23 mai 1863, elle se fonde sur des raisons toutes particulières, tirées de la nature de ces effets et des règles spéciales qui les régissent. Il n'est donc pas permis de l'étendre, par voie d'analogie, à la mise en gage d'autres objets ou valeurs. Duranton, XVIII, 538. Voy. cep. Req. rej., 23 juillet 1844, Sir., 44, 1, 859; Req. rej., 2 juillet 1856, Sir., 57, 1, 56.

[14] Duranton, XVIII, 524. Troplong, n° 267.

[15] Arg. art. 1690, al. 2. Duranton, *loc. cit.* Valette, *op. cit.*, I, n° 49, p. 52. Pont, II, 1106. Cpr. Req. rej., 11 août 1869, Sir., 69, 1, 397.

même au regard des créanciers du failli, après la cessation de paiements[16]. Il suffit qu'elle soit faite avant le jugement déclaratif de faillite.

Les dispositions de l'art. 2075 s'appliquent, non-seulement aux créances mobilières proprement dites, mais à tous les meubles incorporels, à cette différence près cependant, que la formalité de la signification au débiteur, strictement requise quand l'objet mis en gage consiste en un droit personnel, en un droit de bail par exemple[17], est, par la force même des choses, étrangère à l'hypothèse où le nantissement porte sur un droit réel, tel qu'un usufruit mobilier, ou un brevet d'invention[18].

Du reste, l'application de l'art. 2075 est indépendante de la nature, civile ou commerciale, de la créance pour sûreté de laquelle le gage est constitué. Mais les dispositions de cet article cessent d'être applicables au nantissement des titres qui, créés sous une forme commerciale, sont, ou négociables par la voie de l'endossement, ou transmissibles par voie de transfert sur les registres d'une société commerciale ou civile[19].

d. Il faut que le créancier, ou le tiers convenu entre lui et le débiteur, ait été mis et qu'il continue à rester en possession de l'objet corporel donné en gage; et, s'il s'agit d'une créance ou de tout autre objet incorporel, de l'acte qui en établit l'existence[20].

[16] Cpr. § 359 *bis*, texte n° 1, notes 15 à 17. Renouard, *Des faillites*, I, p. 302 et 303. Esnault, *Des faillites*, I, 202. Bédarride, *Des faillites*, I. 113 *quater*. Alauzet, *Droit commercial*, IV, 1696. Pont, II, 1112, Civ. cass., 4 janvier 1847, Sir., 47, 1, 175. Nîmes, 22 juin 1847, Sir., 48, 2, 37; Req. rej., 19 juin 1848, Sir., 48, 1, 465. Voy. en sens contraire : Massé, *Droit commercial*, VI, 518. Troplong, n°s 376 et suiv.

[17] Pont, II, 1133. Voy. aussi, en ce sens, les arrêts cités à la note 4 *supra*.

[18] Pont, II, 1107. Paris, 20 août 1865, Sir., 65, 2, 24.

[19] Ces deux propositions, qui renferment l'analyse des al. 2 et 3 du nouvel art. 91 du Code de commerce, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 mai 1863, seront développées au paragraphe suivant.

[20] Duranton, XVIII, 525. Favard, *Rép.*, v° Nantissement, § 1, n° 4. Troplong, n° 277. Valette, *op. cit.*, I, n° 49, p. 52 et 53. Pont, II, 1181. Liége, 15 mai 1810, Sir., 11, 2, 54. Lyon, 31 janvier 1839, Sir., 39, 2, 537. Aix, 21 juillet 1842, Sir., 43, 2, 199; Req. rej., 11 juin 1846, Sir., 46, 1, 444. Rouen, 24 juin 1847, Sir., 49, 2, 25. — Il résulte de là qu'une créance, qui n'est pas constatée par un acte écrit, ne peut, quoique susceptible de cession, être valablement donnée en gage. Troplong, n° 278. Pont. II, 1132. Lyon, 31 janvier 1839, Sir., 39, 3, 537.

Art. 2076. Cette possession doit être une possession réelle dans le sens de l'art. 1141[21].

Il n'est pas exigé, au cas de mise en gage d'une créance, que la remise du titre soit accompagnée d'un acte qui la constate[22], et, au cas de nantissement donné sur un droit de bail, que le créancier soit mis en possession des lieux loués[23].

Lorsque l'objet sur lequel le gage a été constitué n'a pas été remis au créancier lui-même, il ne suffit pas qu'il se trouve de fait entre les mains d'un tiers, il faut que celui-ci ait reçu, de la part des deux parties, la mission de le garder dans l'intérêt du créancier[24]. Mais il n'est pas nécessaire que la reconnaissance par le tiers de la réception du gage, soit constatée au moyen d'un acte ayant acquis date certaine avant toute contestation sur l'efficacité du nantissement[25].

Le créancier qui aurait remis l'objet engagé à un tiers, par suite d'une convention qui obligeait ce dernier à le lui restituer, devrait être considéré comme ayant continué à le posséder. Il en serait de même, si le créancier avait perdu cet objet, ou qu'il lui eût été volé[26]. Arg. art. 2279 et 2280.

Du reste, les dispositions de l'art. 2076 reçoivent leur application en matière commerciale, aussi bien qu'en matière civile[27].

[21] Voy. à cet égard les développements donnés au § 354, texte et notes 2 à 10. — Cpr. spécialement sur la mise en possession du créancier gagiste, opérée au moyen de la remise des clefs des bâtiments renfermant les objets engagés : Aix, 20 février 1840, Sir., 50, 2, 570 ; Req. rej., 11 août 1842, Sir., 42, 1, 925. Cpr. aussi Code de commerce, art. 92, al. 2.

[22] Req. rej., 19 juin 1848, Sir., 48, 1, 465.

[23] Voy. les arrêts cités à la note 4 *supra*.

[24] Zachariæ, § 433, texte *in fine*, et note 9. Paris, 12 janvier 1846, Sir., 50, 2, 566. Cpr. Toulouse, 16 juin 1831. Sir., 32, 2, 396. Paris, 15 novembre 1850, Sir., 50, 3, 567. Voy. cep. Rouen, 14 juin 1847, Sir., 49, 2, 25.

[25] Pont, II, 1138. Paris, 4 décembre 1847, Sir., 48, 2, 285.

[26] Persil, *Des priviléges et hypothèques*, sur l'art. 2102, § 2, n° 1. Valette, *op. cit.*, I, n° 49, p. 49. Duranton, XVIII, 529. Taulier, VII, p. 90. Pont, II, 1137.

[27] C'est ce qui résulte du nouvel art. 92 du Code de commerce, tel qu'il a été modifié par la loi du 23 mai 1863. Pont, II, 1129.

§ 433.

Des cas exceptionnels dans lesquels les dispositions des art. 2074 *et* 2075 *se trouvent écartées ou modifiées.*

Aux termes de l'art. 2084, les dispositions du chapitre I du titre *Du nantissement*, et spécialement celles des art. 2074 et 2075, ne sont applicables, ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêts sur gage autorisées (*monts-de-piété*), à l'égard desquelles on suit les lois et les règlements qui les concernent[1].

La première de ces exceptions, dont la jurisprudence antérieure à la loi du 23 mai 1863, avait, avec raison selon nous, restreint la portée au privilége établi par l'ancien art. 93 du Code de commerce, pour les avances faites sur consignation de marchandises expédiées de place en place[2], et au nantissement des effets négociables, qui se constituait, même à l'égard des tiers, par le moyen d'un simple endossement[3], a été notablement développée par la loi précitée.

D'un autre côté, certains établissements ont été, à l'instar des monts-de-piété, autorisés à prêter sur gage, sans être obligés de remplir, pour rendre le nantissement efficace à l'égard des tiers, les formalités prescrites par les art. 2074 et 2075.

Enfin, le nantissement des marchandises déposées dans des magasins généraux, a été également dispensé de l'observation de ces formalités.

[1] La rédaction de l'art. 2084 est parfaitement exacte quant aux monts-de-piété, qui sont exclusivement régis par les règlements faits pour chacun d'eux, en vertu de la loi du 16 pluviôse an XII, et du décret du 24 messidor de la même année; mais elle est évidemment trop large en ce qui concerne les matières de commerce, auxquelles s'appliquent en général, et sauf les exceptions ou modifications résultant des lois commerciales, les dispositions du chapitre I du titre *Du nantissement*. Voy. § 20, texte et note 4, § 434, texte n° 2 et note 11. Civ. rej., 27 novembre 1865, Sir., 66, 1, 60.

[2] Voy. ancien art. 93 du Code de commerce; Delamarre et Lepoitvin, *Du contrat de commission*, II, 404 et suiv.; Troplong, n°s 157 à 184, et les divers arrêts cités par ce dernier auteur.

[3] Cette exception avait été admise comme découlant de la combinaison des art. 2084 du Code civil et 136 du Code de commerce. Massé, *Droit commercial*, VI, 521 et suiv. Troplong, n° 283 et suiv.; Req. rej., 17 mars 1829, Sir., 29, 1, 241. Rouen, 29 avril 1837, Sir., 37, 2, 375. Civ. cass., 6 août 1845, Sir., 45, 1, 561; Req. rej., 18 juillet 1848, Sir., 48, 1, 609. Voy. cep. en sens contraire: Lyon, 12 juillet 1849, Sir., 49, 2, 703. Amiens, 2 mars 1861, Sir., 61, 2, 158.

1° De la constitution du gage en matière commerciale.

Les modifications apportées, par la loi du 23 mai 1863, aux dispositions des art. 2074 et 2075, sont de deux sortes : les unes se trouvent attachées à la nature commerciale de la créance pour sûreté de laquelle le gage est constitué ; les autres, à la forme commerciale du titre donné en nantissement.

a. Suivant le premier alinéa du nouvel art. 91 du Code de commerce, le gage constitué, soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'art. 109 du Code de commerce.

Il résulte de cette disposition qu'en matière commerciale, la constitution du gage n'est soumise, en ce qui concerne du moins les meubles corporels[4], à aucune formalité ; et que, d'un autre côté, la preuve peut s'en faire par tous les moyens indiqués en l'art. 109 du Code de commerce, même par témoins, si le tribunal le juge convenable.

Il en résulte également, que le gage est à considérer comme constitué en matière commerciale, lorsqu'il l'a été pour sûreté des obligations contractées par un acte de commerce, peu importe que cet acte émane d'un commerçant ou d'un non-commerçant ; et qu'à l'inverse, le gage, bien que constitué par un commerçant, n'est plus commercial, lorsqu'il n'a pas été donné pour un acte de commerce[5]. Il est toutefois à remarquer, que toutes les obligations contractées par un commerçant sont censées l'avoir été dans l'intérêt et pour les besoins de son commerce, tant que le contraire n'est pas établi.

b. Lorsque l'objet qui doit être mis en gage, est un effet négociable ou à ordre, le nantissement peut s'en établir, d'une manière efficace, même à l'égard des tiers, sans accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2075, au moyen d'un endossement

[4] Au nombre des meubles corporels, nous plaçons, bien entendu, les valeurs au porteur. Cpr. § 432, texte et note 12. Quant aux meubles incorporels, voy. texte n° 1, lett. *b*, *infra*.

[5] Il ressort de la ponctuation du premier alinéa de l'art. 91 du Code de commerce, que les mots *pour un acte de commerce*, se rapportent tout aussi bien au cas où le gage a été constitué par un commerçant, qu'à celui où il l'a été par un individu non commerçant. Il n'y avait pas de motifs pour soustraire à l'application de l'art. 2074, le gage établi par un commerçant, pour sûreté d'un engagement rentrant dans la classe des actes civils.

régulier, indiquant que cet effet a été remis à titre de garantie. Code de commerce, art. 91, al. 2.

De même, les actions, les parts d'intérêts, les obligations nominatives, des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, peuvent être efficacement mises en gage, sans observation des formalités indiquées en l'art. 2075, au moyen d'un transfert à titre de garantie, sur lesdits registres. Code de commerce, art. 9, al. 3.

L'application des al. 2 et 3 de l'art. 91 est indépendante, et de la qualité de commerçant ou de non-commerçant de celui qui constitue le gage, et de la nature, commerciale ou civile, de la créance pour sûreté de laquelle il est établi.

Mais aussi ces dispositions exceptionnelles ne sont-elles plus applicables, et la règle générale posée par l'art. 2075 reprend-elle son empire, encore que le gage soit constitué par un commerçant et pour un acte de commerce, si le titre qui doit être donné en gage n'est, ni négociable par endossement, ni transmissible par transfert sur les registres d'une Société[6]. Code de commerce, art. 9, al. 4.

2° *Des établissements autorisés à prêter sur gage, sans être restreints à l'observation des formalités prescrites par les art.* 2074 *et* 2075.

Ces établissements sont : les monts-de-piété, la Banque de France, et la société du Crédit foncier de France.

a. Les monts-de-piété sont autorisés à prêter sur engagement d'effets mobiliers corporels, déposés dans les magasins de l'établissement[7].

La constitution du gage, pour les prêts faits par les monts-de-piété, se constate, même à l'égard des tiers, par les registres de ces établissements, pourvu qu'ils soient tenus conformément aux règlements qui les régissent.

[6] Le quatrième alinéa de l'art. 91 du Code de commerce n'aurait aucune signification, si on ne devait y voir, en ce qui concerne les créances mobilières dont il est parlé au texte, le maintien du Droit commun, par dérogation à la disposition du premier alinéa du même article. *Exposé de motifs*, Sir., *Lois annotées*, p. 27, col. 1, n° V. Pont, II, 1208.

[7] Voy. sur les monts-de-piété, les lois et décrets cités à la note 1re *supra*. et à la note 9 du § 54.

b. La Banque de France a été successivement autorisée à faire des avances sur les effets publics à échéance déterminée qui lui sont remis en recouvrement, sur les dépôts de lingots ou de monnaies étrangères faits entre ses mains, sur tous effets publics français, à échéance même indéterminée, sur toutes actions ou obligations de chemins de fer français, sur les obligations de la ville de Paris, et enfin sur les obligations émises par la société du Crédit foncier de France[8].

Suivant l'ordonnance réglementaire du 15 juin 1834, le gage se constate au moyen de l'engagement de remboursement que souscrit l'emprunteur dans les formes prescrites par cette ordonnance.

c. La loi du 19 juin 1857 déclare les art. 2074 et 2075 inapplicables aux avances sur dépôt d'obligations foncières faites par la société du Crédit foncier de France.

Le privilége de cette société, sur l'obligation donnée en nantissement, résulte de l'engagement souscrit par l'emprunteur dans la forme prescrite par l'ordonnance du 15 juin 1834, relative aux avances faites par la Banque de France.

3° *Du nantissement des marchandises déposées dans des magasins généraux.*

Suivant la loi du 28 mai 1858, les marchandises déposées dans les magasins généraux établis par le décret du 21 mars 1848, sont efficacement données en gage par l'endossement du *varrant*, ou bulletin de gage, énonçant en capital et intérêts, le montant intégral de la créance garantie, la date de son échéance, les noms, profession et domicile du créancier, et par la transcription de cet endossement sur les registres du magasin dépositaire[9].

[8] Décret du 16 janvier 1808, art. 12, 16 et 20. Loi du 17 mai 1834, art. 3. Loi du 30 juin 1840, art. 3. Décret du 3 mars 1853, art. 2. Loi du 9 juin 1857, art. 7.

[9] Les deux conditions de l'endossement et de sa transcription sont de rigueur. Ainsi, la remise seule du varrant est insuffisante. Il en serait de même, si le varrant, endossé seulement, n'avait pas été transcrit. Pont, II, 1211. Civ. rej., 19 décembre 1865, Sir., 66, 1, 61. Paris, 1er décembre 1866, Sir., 67, 2, 65.

§ 434.

Des droits du créancier nanti d'un gage.

1° Le créancier nanti d'un gage est autorisé à retenir l'objet qui lui a été remis en nantissement, jusqu'au paiement intégral de sa créance, en principal et accessoires. Art. 2082, al. 1.

Il peut même, si le débiteur a, depuis l'établissement du gage, contracté envers lui une nouvelle dette[1], qui soit devenue exigible avant l'acquittement de l'ancienne, retenir l'objet engagé jusqu'au paiement intégral de ses deux créances. Il en est ainsi, bien que l'échéance de la première dette ait précédé l'exigibilité de la seconde, pourvu que de fait, la première fût encore due au moment où la seconde est devenue exigible[2]. Art. 2082, al. 2[3]. Toutefois, le gage tacite admis en pareil cas, ne produit pas de privilége, et n'engendre qu'un droit de rétention[4].

Bien que le droit de rétention résultant du gage soit opposable aux autres créanciers, il ne les prive cependant pas, en principe, de la faculté de saisir et de faire vendre l'objet mis en gage, sauf au gagiste à faire valoir son privilége sur le prix[5]. Que si le gage n'étant que tacite, ce dernier se trouve dépourvu de privilége, il est en droit de ne consentir à la saisie et à la vente de l'objet engagé, que sous la condition d'être désintéressé par l'adjudicataire avant tout délaissement de cet objet[6].

[1] Le Droit romain étendait le droit de rétention à toute espèce de créances, sans distinguer si l'origine en était antérieure ou postérieure à la constitution du gage. *L. un. C. etiam ob chirog. pec.* (8, 27). Cpr. sur les motifs, à raison desquels les rédacteurs du Code ont cru devoir restreindre la disposition de la loi romaine : *Discussion au Conseil d'État* et *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 16, n° 12, et p. 27, n° 7).

[2] Delvincourt, III, p. 441. Duranton, XVIII, 548. Cpr. cep. Pont, II, 1195; Aix, 21 février 1840, Sir., 50, 2, 570.

[3] Cette disposition ne serait pas applicable au cas où le gage aurait été fourni par un tiers. Pont, II, 1196.

[4] Cela résulte du contexte de l'art. 2082, de la place qu'il occupe, de sa combinaison avec l'art. 2074, et de l'esprit de la loi tel qu'il se manifeste par la disposition de ce dernier article. Delvincourt, sur l'art. 2082. Duranton, XVIII, 567. Troplong, n° 465. Zachariæ, § 434, note 4. Voy. en sens contraire : Mourlon, *Examen critique*, n° 227. Pont, II, 1198 et 1199.

[5] Troplong, n° 460. Pont, II, 1185. Cpr. Req. rej., 5 juillet 1834, Sir., 35, 1, 490. Voy. cep. Req. rej., 31 juillet 1832, Sir., 32, 1, 490.

[6] Voy. les autorités citées à la note 23 du § 256 *bis*.

Le droit de rétention du créancier est indivisible, en ce qu'il affecte chacun et chaque partie des objets donnés en nantissement, et qu'il subsiste en entier jusqu'au paiement intégral de la créance pour sûreté de laquelle le gage a été établi. Art. 2083.

2° Le créancier peut, pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû, faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en propriété d'après une estimation à faire par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères publiques[7]. Art. 2078, al. 1[8].

Mais il n'a pas le droit de se l'approprier, ou d'en disposer à son gré. La loi frappe même de nullité toute convention par laquelle le débiteur autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à le vendre sans l'observation des formalités qui viennent d'être indiquées[9]. Art. 2078, al. 2.

Du reste, la vente du gage passée par le débiteur au créancier, soit avant, soit après l'échéance de la dette, est valable, sauf les cas de fraude[10].

Les dispositions de l'art. 2078 sont, en général, applicables en matière commerciale, aussi bien qu'en matière civile[11].

Toutefois, d'après le quatrième alinéa de l'art. 91 du Code de commerce, le créancier auquel des effets négociables ont été donnés en gage, a le droit et le devoir de les recouvrer.

[7] Le créancier peut se borner à provoquer la vente du gage; et, dans ce cas, les tribunaux doivent lui adjuger sa demande. Lorsqu'il forme une demande alternative dans les termes indiqués par l'art. 2078, al. 1, il appartient au juge d'ordonner celle des deux mesures qui lui paraît la plus avantageuse aux intérêts du débiteur. Troplong, n°s 400 et 401. Pont, II, 1146. Zachariæ, § 434, note 5.

[8] Il semble cependant qu'il soit permis aux parties de convenir qu'à défaut de paiement, le créancier pourra, sans jugement préalable, faire vendre le gage aux enchères publiques. Zachariæ, § 434, texte et note 7.

[9] *Discussion du Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XVI, p. 15, n° 10). Delvincourt, sur l'art. 2078. Duranton, XVIII, 537 et 538. Troplong, n° 387. Pont, II, 1162. Zachariæ, § 434, note 6; Req. rej., 11 mai 1855, Sir., 56, 1, 123.

[10] Le débiteur ne jouit pas de l'option conférée par cette disposition au créancier seul. Pont et Zachariæ, *loc. cit.* Colmar, 23 février 1828, Sir., 28, 2, 174. Voy. en sens contraire : Taulier, VII, p. 91 et 92.

[11] Le contraire a cependant été jugé par la Cour de cassation (Req. rej., 2 décembre 1861, Sir., 63, 1, 453), sur le fondement de l'art. 2084. Mais cet article, qui suppose l'existence de dispositions spéciales, dérogatoires au Droit commun, ne saurait être invoqué pour écarter complétement, en matière commerciale, l'application de l'art. 2078, puisqu'on ne trouve au Code de commerce, aucun texte qui y déroge d'une manière générale.

D'un autre côté, lorsque le gage, commercial ou civil, a pour objet des valeurs cotées à la bourse, par exemple, des rentes sur l'État, le créancier peut, en vertu de l'autorisation du juge, les faire vendre à la bourse par le ministère d'un agent de change [12], sans être astreint à faire procéder à cette vente par la voie des enchères publiques, après affiches et publications.

L'autorisation du juge n'est pas même nécessaire pour faire opérer la vente des valeurs de bourse qui ont été données en gage à la Banque de France, ou au Crédit foncier de France [13].

Enfin, suivant l'art. 7 de la loi du 28 mai 1858, lorsque les marchandises mises en gage se trouvent déposées dans des magasins généraux, la vente peut également en avoir lieu sans autorisation de justice; mais elle doit être faite aux enchères publiques, et par le ministère des officiers publics à ce désignés.

3° Le créancier est fondé à répéter les impenses qu'il a faites. soit pour la conservation, soit pour l'amélioration du gage, savoir: les premières, pour la totalité de ses déboursés; et les secondes, jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée [14]. Art. 2080, al. 2. Il est également fondé à réclamer des dommages-intérêts, à raison des pertes que la détention du gage peut lui avoir occasionnées. Art. 1947.

Au surplus, le contrat de gage ne confère au créancier, à moins de stipulation contraire, aucun droit d'usage ou de jouissance sur l'objet remis en nantissement. Le débiteur peut donc s'opposer à ce que le créancier se serve du gage, ou en perçoive les fruits; et si ce dernier en a de fait tiré quelque émolument, il en doit compte au débiteur. Art. 2079 cbn. 1930 et 1936. Toutefois, si l'objet engagé consiste en une créance portant intérêt, le créancier, auquel

[12] Tel est en effet le mode normal de vente de ces sortes de valeurs. Loi du 4 mars 1806. Décret du 25 septembre 1806. Avis du Conseil d'État des 17 novembre 1807-11 janvier 1808. Troplong, n° 407. Bruxelles, 8 janvier 1834, Sir., 34, 2, 283. Paris, 13 janvier 1854, Sir., 55, 2, 209. Cpr. Req. rej., 4 avril 1866, Sir., 66, 1, 433.

[13] Ordonnance du 15 juin 1834, art. 5. Loi du 19 juin 1857, art. 3.

[14] C'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 2080, al. 2, dont la rédaction est équivoque. Delvincourt, III, p. 440. Duranton, XVIII, 542. Troplong, n°s 434 et suiv. Taulier, VII, p. 93. Pont, II, 176. Zachariæ, § 434, texte et note 8. Voy. en ce qui concerne la bonification de la mieux-value du gage : § 357, note 12 ; L. 25, D. *de pign. act.* (13, 7) ; Duranton, XVIII, *loc. cit.*

elle a été remise en gage, est autorisé à en toucher les intérêts, à charge de les imputer sur ce qui lui est dû. Art. 2081.

Tant que le créancier reste nanti du gage, sa créance n'est pas soumise à prescription [15].

§ 435.

Des obligations du créancier, et des droits du débiteur.

1° Le créancier est tenu d'apporter à la conservation de l'objet engagé, les soins d'un bon père de famille, et répond, en cas d'inexécution de cette obligation, de la perte de cet objet, ainsi que des détériorations qu'il peut avoir subies. Art. 2080, al. 1.

2° Il est tenu, dès qu'il a été payé de sa créance, de restituer le gage au débiteur, avec tous les accessoires qui en dépendaient au moment du contrat, et avec les accessions qu'il peut avoir reçues depuis cette époque. Art. 2082. Cpr. art. 1940 et suiv.

3° Le débiteur a le droit, même avant d'avoir désintéressé le créancier, de réclamer la restitution du gage, si celui-ci s'en sert sans autorisation, ou si, autorisé à s'en servir, il en abuse [1]. Art. 2082, al. 1, et arg. de cet article.

L'action personnelle du débiteur en restitution du gage, et par suite celle en indemnité pour défaut de représentation de l'objet engagé, ne deviennent prescriptibles qu'à partir du paiement de la dette [2].

[15] Cela est évident en matière d'antichrèse ; la perception des fruits de l'immeuble constitue un exercice successif du droit de créance, et s'oppose par conséquent au cours de la prescription. Cpr. les autorités citées à la note 1re du § 438. La même solution doit être admise en matière de gage, par le motif que le fait du débiteur de laisser le gage entre les mains du créancier, forme de sa part une reconnaissance permanente du droit de ce dernier. Le système contraire conduirait d'ailleurs à cette singulière conséquence que le débiteur, dont l'action en retrait du gage est incontestablement imprescriptible jusqu'au moment du paiement, pourrait, au bout de trente ans, réclamer la restitution du gage, sans offrir de désintéresser le créancier. Delvincourt, III, p. 443. Duranton, XXI, 253. Troplong, n° 478. Pont, II, 1167.

[1] Cpr. L. 24, § 3, D. *de pign. act.* (13, 7); art. 2079 cbn. 1930 et 1936.

[2] Arg. art. 2257. Troplong, nos 476 et 477. Civ. cass., 24 août 1842, Sir., 42, 1, 860. — Suivant M. Pont (II, 1168), qui se fonde sur les art. 2236 et 2237, le propriétaire de l'objet engagé conserverait indéfiniment l'action en revendication. Mais cet auteur a oublié que l'action en revendication n'est point

b. *De l'antichrèse.*

§ 436.

Notion de ce contrat.

L'antichrèse est un contrat par lequel le débiteur, ou un tiers, met le créancier en possession d'un immeuble, avec autorisation d'en percevoir les fruits, pour les imputer annuellement, soit sur les intérêts, s'il lui en est dû [1], et, en cas d'excédant, sur le capital de sa créance, soit sur le capital seulement, s'il ne lui est pas dû d'intérêts. Art. 2085.

§ 437.

Des conditions de la validité du contrat d'antichrèse, et de celles de son efficacité à l'égard des tiers.

Il faut, pour pouvoir livrer un immeuble à titre d'antichrèse, être propriétaire de cet immeuble, ou, tout au moins, en avoir l'usufruit [1]. Il faut, de plus, être capable d'en disposer. Ainsi, la femme séparée de biens et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peuvent, sans l'autorisation du mari ou l'assistance de ce conseil, constituer une antichrèse [2].

La validité du contrat d'antichrèse, en ce qui concerne les rapports des parties, n'est soumise à l'observation d'aucune formalité

admise en matière mobilière, si ce n'est au cas de perte ou de vol ; et que la précarité ne pourrait s'établir qu'au moyen d'une action personnelle, fondée sur l'obligation de restitution, action qui, de l'aveu même de M. Pont, se trouve prescrite.

[1] Proudhon (*De l'usufruit*, I, 77) enseigne, mais à tort, selon nous, que par cela seul qu'une antichrèse a été établie pour sûreté d'une créance, cette créance, quoique non productive d'intérêts dans le principe, en porte de plein droit, à partir du jour où elle devient exigible. Les principes généraux sur le prêt à intérêt et le texte du deuxième alinéa de l'art. 2085, nous paraissent également repousser cette manière de voir. Cpr. § 396, texte et note 1[re]. Troplong, n° 538. Pont, II, 1135. Zachariæ, § 436, texte et note 1[re].

[1] Arg. art. 595 et 2118, n° 2. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 85. Troplong, n° 518. Pont, II, 1222.

[2] Troplong, n° 519. Req. rej., 22 novembre 1841, Sir., 42, 1, 48. Paris, 10 mars 1854, Sir., 54, 2, 597. — Voy. quant au tuteur : § 113, texte n° 2. et note 25.

extrinsèque[3]. Cependant, même entre les parties, la preuve de ce contrat ne peut, sauf les cas d'exception indiqués aux art. 1347[4] et 1348, n° 4, être faite par témoins, bien que la valeur des fruits à percevoir par le créancier, ou celle de l'immeuble donné en antichrèse, ne dépasse pas cent cinquante francs[5]. Art. 2085, al. 1.

L'antichrèse n'a d'effet, à l'égard des autres créanciers du débiteur, qu'autant qu'elle est constatée par un acte ayant date certaine[6]. Art. 1318.

Aux termes des art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, les actes contenant constitution d'antichrèse, et les jugements déclarant l'existence d'un pareil droit en vertu d'une convention verbale, sont, pour leur complète efficacité, soumis à la formalité de la transcription, et ne peuvent être opposés aux tiers qui, avant l'accomplissement de cette formalité, auraient acquis et dûment conservé des droits sur l'immeuble donné en antichrèse. Voy. cep. art. 10 et 11 de la loi précitée.

§ 438.

Des droits du créancier sur antichrèse.

1° Le créancier est autorisé à retenir l'immeuble qui lui a été livré en antichrèse, jusqu'au paiement intégral de la créance, en

[3] Quelque absolue que paraisse la disposition de l'alinéa premier de l'art. 2085, on doit admettre qu'elle ne s'applique, en ce qui concerne les rapports des parties entre elles, qu'à la preuve, et non à la validité du contrat d'antichrèse. *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 31, n° 10). Troplong, n° 515. Pont, II, 1238. Cpr. § 306, texte et note 6; § 351, note 1re; § 420, texte n° 2, et note 6.

[4] Les raisons qui nous ont déterminés à rejeter, en matière de transaction, l'application de cet article, sont toutes spéciales à ce contrat, et n'existent pas quand il s'agit d'antichrèse. Cpr. § 420, texte et note 8. Duranton, XVIII, 558. Pont, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Troplong, nos 514 et 515.

[5] Pont, *loc. cit.* Zachariæ, § 437.

[6] Duranton, XVIII, 558. Pont, II, 1229 et 1230. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 437, texte et note. Cet auteur enseigne que l'écriture n'est pas plus requise comme condition de l'efficacité du contrat au regard des tiers, qu'elle n'est exigée comme condition de sa validité entre les parties contractantes. Mais il est évident que, si un acte sous seing privé de constitution d'antichrèse ne peut être opposé aux tiers qu'autant qu'il a acquis date certaine à leur égard par l'une des circonstances indiquées en l'art. 1328, à plus forte raison ne doit-on pas pouvoir invoquer contre eux une constitution d'antichrèse purement verbale.

principal et accessoires. Art. 2087, al. 1. Et tant qu'il en conserve la détention, le débiteur ne peut lui opposer aucune prescription[1]. Le droit de rétention du créancier est indivisible, comme celui qui résulte du gage. Art. 2090 cbn. 2083.

2° Le créancier est autorisé à percevoir les fruits de l'immeuble, mais à la charge de les imputer sur ce qui lui est dû, et, par conséquent, d'en rendre compte au débiteur. Art. 2085, al. 2[2]. Les parties peuvent cependant convenir que les fruits se compenseront avec les intérêts, soit en totalité, soit jusqu'à certaine concurrence. Art. 2086. Une pareille convention, qui, sous l'empire de l'art. 1907, eût été valable sans aucune restriction, doit aujourd'hui être appréciée d'après les dispositions de la loi du 3 septembre 1807[3]. Ainsi, elle ne dispense plus le créancier, d'une manière absolue, de l'obligation de rendre compte des fruits qu'il a perçus, et de porter en déduction du principal de sa créance, l'excédant de ces fruits sur les intérêts qu'il a pu légalement stipuler, lorsque cet excédant est de quelque importance, et que, toutes chances calculées, il est reconnu que le revenu annuel de l'immeuble devait dépasser ces intérêts[4].

Le créancier peut, ou jouir par lui-même de l'immeuble donné en antichrèse, ou le louer pour la durée ordinaire des baux; mais il n'a pas, en général, le droit de changer le mode d'exploitation de cet immeuble. S'il y avait fait des améliorations, elles devraient lui être bonifiées jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée, sans que cependant cette bonification pût excéder le montant de la dépense[5].

[1] La détention d'un immeuble à titre d'antichrèse fait obstacle à la prescription de la créance pour sûreté de laquelle l'antichrèse a été constituée. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. I, § 7, quest. 18. Proudhon, *De l'usufruit*, II, 762. Duranton, XVIII, 552. Troplong, n° 551. Pont, II, 1246. Civ. cass., 27 mai 1812, Sir., 13, 1, 85. Riom, 31 mai 1828, Sir., 28, 2, 282. Cpr. § 434, texte et note 15.

[2] Cpr. Civ. cass., 6 août 1822, Sir., 23, 1, 182.

[3] Cpr. § 396, texte n° 5, et note 58.

[4] *Rapport fait au Tribunat* par Gary (Locré, *Lég.* XVI, p. 45 et 46, n° 26). Delvincourt, III, p. 445. Proudhon, *De l'usufruit*, I, 82 et 83. Duranton, XVIII, 556. Pont, II, 1265 à 1268. Zachariæ, § 438, texte et notes 3 et 4. Montpellier, 21 novembre 1829, Sir., 30, 2, 88.

[5] Voy. sur ces divers points : Req. rej., 25 mars 1835, Sir., 36, 1, 110; Paris, 9 décembre 1836, Sir., 37, 2, 29.

Le créancier ne devient pas, à défaut de paiement au terme convenu, propriétaire de l'immeuble qui lui a été donné en antichrèse; il ne jouit que de la faculté d'en poursuivre la vente par expropriation forcée. Art. 2088. Toute convention qui lui attribuerait le droit de faire vendre cet immeuble sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, serait frappée de la nullité [6]. On devrait également considérer comme nulle, la clause qui autoriserait le créancier à se rendre propriétaire de l'immeuble donné en antichrèse, moyennant un prix à fixer par des experts convenus ou nommés d'office [7]. Mais rien ne s'oppose à ce que le débiteur vende cet immeuble au créancier, soit avant, soit après l'échéance de la dette [8]. Code de procédure, art. 742.

Quoique les droits de rétention et de jouissance qui résultent de l'antichrèse ne constituent pas des droits réels, le créancier n'en est pas moins autorisé à les faire valoir, soit contre un tiers acquéreur, soit contre des créanciers simplement chirographaires, soit même contre des créanciers hypothécaires, dont les hypothèques ne sont devenues efficaces que postérieurement à l'établissement de l'antichrèse [9]. Ces créanciers ne peuvent donc, ni le contraindre à délaisser l'immeuble qui lui a été remis, avant de l'avoir

[6] Avant la loi du 2 juin 1841, on regardait, avec raison, comme valable, la clause *de voie parée*, c'est-à-dire, celle par laquelle le créancier était autorisé, à défaut de paiement au terme convenu, à faire vendre, aux enchères publiques, par le ministère d'un notaire, l'immeuble qui lui avait été hypothéqué ou donné en antichrèse.

[7] Cette clause qui, avant la loi du 2 juin 1841, était considérée comme valable (cpr. L. 16, § 9, D. *de pign. et hyp.*, 20, 1), serait en opposition évidente, sinon avec le texte, du moins avec l'esprit de cette loi, tel qu'il a été indiqué dans le rapport de M. Persil à la Chambre des pairs (*Commentaire de la loi sur les ventes judiciaires de biens immeubles*, par E. Persil, p. 323 et suiv.). Delvincourt, III, p. 444. Duranton, XVIII, 566. Pont, II, 1250. Cpr. Civ. cass., 1er juillet 1844, Sir., 45, 1, 17. Voy. cep. Troplong, n° 550 ; Taulier, VII, p. 100.

[8] Duranton, XVIII, 568. Pont, II, 1262. Voy. aussi les autorités citées à la note 9 du § 434.

[9] Cette proposition est une conséquence de la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet*, prise dans l'étendue avec laquelle elle est admise en Droit français. Dans le système contraire, il dépendrait du débiteur d'anéantir les effets de l'antichrèse, qui n'aurait plus dès lors le caractère de nantissement que lui attribue la loi. Nous ajouterons que c'est en partant de l'idée, que l'antichrèse est opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs, que les art. 2 et 3 de la loi du 23 mars 1855 ont soumis à la formalité de la

complétement désintéressé, ni en saisir les fruits à son préjudice.

Mais si le créancier sur antichrèse poursuit lui-même la vente de l'immeuble, ou que, lors de l'expropriation poursuivie par d'autres créanciers, il consente à le délaisser, il ne peut, en cette seule qualité, et à moins qu'il n'ait des priviléges ou hypothèques à faire valoir, réclamer aucun droit de préférence sur le prix [10].

Du reste, l'antichrèse n'empêche pas l'immobilisation des fruits, qui s'opère, par la transcription de la saisie immobilière, au profit des créanciers hypothécaires dont les hypothèques sont devenues efficaces antérieurement à l'établissement de l'antichrèse [11]. Art. 2091, al. 1.

§ 439.

Des obligations du créancier sur antichrèse.

1° Le créancier est tenu d'administrer en bon père de famille l'immeuble qu'il tient en antichrèse. Arg. art. 1137 et 2080. S'il néglige de le faire, il devient, selon les circonstances, passible de dommages-intérêts envers le débiteur, et peut même être condamné à restituer l'immeuble, sans avoir été préalablement désintéressé. Art. 2086, al. 2. Arg. art. 618 et 2082, al. 1.

transcription les actes constitutifs d'antichrèse. *Exposé de motifs* par Berlier (Locré, *Lég.*, XVI, p. 29, n° 9). Proudhon, *De l'usufruit*, I, 89 et suiv. Duranton, XVIII, 560. Civ. cass., 31 mars 1851, Sir., 61, 1, 305. Civ. cass., 29 août 1865, Sir., 65, 1, 433. Voy. aussi : Valette, *Des priviléges et des hypothèques*, n° 7 ; Pont, II, 1277. Ces auteurs, tout en admettant notre solution, la fondent sur la prétendue réalité du droit d'antichrèse. C'est, à notre avis, compromettre une bonne cause par un mauvais argument. Le droit d'antichrèse n'est pas un vrai droit réel, puisque aucun droit de suite ne s'y trouve attaché. On ne doit y voir qu'un droit personnel de jouissance, accompagné d'un droit de rétention. A ce double titre, il peut, dans une certaine mesure, être opposé aux tiers, comme le bail, et comme tout autre droit de rétention. Voy. § 256 *bis*, texte et notes 20 à 22 ; § 365, texte et note 7 ; § 369, texte et note 32. Bourges, 24 juillet 1828, Sir., 29, 2, 259. Toulouse, 22 juillet 1835, Sir., 36, 2, 109. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 2091 ; Troplong, n° 576 et suiv. ; Martou, *Des hypothèques*, I, 34 et 259 ; Zachariæ, § 286, texte et note 9 ; Rennes, 24 août 1827, Sir., 51, 1, 306, à la note ; Bastia, 9 mai 1838, Sir., 38, 2, 369 ; Paris, 24 juillet 1852, Sir., 52, 2, 657.

[10] Proudhon, *op. cit.*, I, 95. Zachariæ, § 438, texte *in fine*.

[11] Bourges, 24 juillet 1828, Sir., 29, 2, 259. Cpr. § 286, texte n° 3, lett. *c*.

En vertu de cette obligation, le créancier doit pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble; mais il est autorisé à prélever sur les fruits, les dépenses relatives à ces objets, et même, en cas d'insuffisance, à les répéter contre le débiteur [1], à moins qu'il n'ait été convenu que les fruits se compenseraient en totalité avec les intérêts, auquel cas, le créancier ne peut réclamer contre le débiteur, que les dépenses qu'un usufruitier serait autorisé à répéter contre le nu propriétaire [2]. Art. 2086, al. 2.

2° Le créancier est tenu d'acquitter les contributions et les charges annuelles de l'immeuble, sauf à prélever ces déboursés, ou à les répéter contre le débiteur, conformément à ce qui a été dit au n° 1. Art. 2086, al. 1.

Du reste, le créancier peut, à moins qu'il n'ait expressément ou tacitement [3] renoncé à cette faculté, s'affranchir des obligations mentionnées dans ce numéro et dans le précédent, en restituant l'immeuble au débiteur. Art. 2087, al. 2.

3° Le créancier doit restituer l'immeuble au débiteur, dès qu'il a été intégralement payé de sa créance. Art. 2087, al. 1. Il ne serait pas autorisé à le retenir pour sûreté d'une nouvelle dette contractée par le débiteur, si ce dernier lui offrait le paiement de celle à l'occasion de laquelle l'antichrèse a été constituée [4].

[1] Delvincourt, sur l'art. 2086. Zachariæ, § 439, *a*, note 2. Cpr. Turin, 31 décembre 1810, Sir., 11, 2, 182; Paris, 9 décembre 1836, Dalloz, 1837, 2, 118.

[2] Cpr. art. 605 et suiv.; § 231, texte n° 4; § 233, texte et note 2; § 235, texte n° 2.

[3] Une pareille renonciation peut, selon les circonstances, résulter de la convention dont parle l'art. 2089. Zachariæ, § 439 *a*, texte et note 5. Voy. en sens contraire : Pont, II, 1252.

[4] Pont, II, 1245. Zachariæ, § 439 *a*, note 6. Caen, 2 janvier 1846, Sir., 47, 2, 399. Voy. en sens contraire : Duranton, XVIII, 563; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Antichrèse, n° 29; Troplong, n° 549. Ces auteurs, en partant de l'idée qu'il existe une similitude parfaite entre la position du créancier avec antichrèse, et celle du créancier gagiste, étendent, par analogie, à l'hypothèse dont il est actuellement question, la disposition du second alinéa de l'art. 2082. Mais les textes résistent d'une manière trop formelle à cette extension, pour qu'il soit permis de l'admettre. D'une part, en effet, l'art. 2090 ne déclare communes à l'antichrèse, que les dispositions des art. 2077 et 2083, sans faire aucune mention de l'art. 2082. D'autre part, l'art. 2087 ne reproduit pour l'antichrèse que la disposition du premier alinéa de ce dernier article. En présence de ces textes, on peut dire, avec certitude, que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas eu l'intention d'accorder au créancier avec antichrèse, le droit de rétention établi, en faveur du créancier gagiste, par le second alinéa de l'art. 2082.

L'action personnelle aux fins de restitution de l'immeuble donné en antichrèse est imprescriptible, tant que la dette garantie n'a pas été acquittée[5]. Et, même après le paiement, le débiteur conserve indéfiniment son action en revendication contre le créancier, à moins que le titre de la possession de ce dernier n'ait été interverti conformément à l'art. 2238[6].

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES QUASI-CONTRATS.

§ 440.

Notion des quasi-contrats.

Les quasi-contrats sont des faits licites et volontaires, d'où résultent, de plein droit, soit des obligations unilatérales pour la personne qui en est l'auteur, soit des obligations réciproques entre cette personne et celle à laquelle ces faits ont causé un préjudice, ou apporté un avantage. Art. 1370 et 1371.

Le Code Napoléon ne traite spécialement que des quasi-contrats de gestion d'affaires et de réception du paiement de l'indû.

Cependant l'administration d'un objet particulier, qui appartient par indivis à plusieurs personnes entre lesquelles il n'existe pas de contrat de société, présente, lorsqu'elle est gérée sans mandat par l'un des copropriétaires de cet objet, tous les caractères d'un quasi-contrat, même au point de vue où se sont placés les rédacteurs du Code[1].

Quant aux autres quasi-contrats dont s'occupe le Droit romain[2], ils rentrent, d'après la classification du Code, dans la catégorie des obligations légales.

[5] Arg. art. 2257. Cpr. § 435, texte *in fine*, et note 2. Pont, II, 1247.

[6] Arg. art. 2231 et 2236. Bélime, *De la possession*, n° 122. Pont, *loc. cit.* Bastia, 2 février 1857, Sir., 57, 2, 129. Voy. en sens contraire : Troplong, *De la prescription*, II, 480.

[1] Les engagements qui résultent de ce quasi-contrat se règlent, par analogie, d'après les principes relatifs à l'administration des affaires sociales par l'un des associés, modifiés, suivant les circonstances, par ceux de la gestion d'affaires. Cpr. § 221.

[2] Cpr. *Inst. de obligat. quasi ex cont.* (3, 27).

I. *De la gestion d'affaires.*

Sources. *Code Napoléon*, art. 1372-1375. Les dispositions de ces articles sont, à quelques modifications près, empruntées au Droit romain.— Bibliographie. *Du quasi-contrat negotiorum gestorum*, par Pothier. Ce traité fait suite à celui du mandat. *Traité sur les engagements qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage*, par J.-B. Carrier, Paris, 1819, in-8°. *Du mandat de la commission et de la gestion d'affaires*, par Domenget, Paris, 1862, 2 vol. in-8°.

§ 441.

1° Toute personne, capable de contracter[1], qui, sans mandat[2], exprès ou tacite, entreprend volontairement[3] la gestion d'une affaire d'autrui, se soumet, par suite de ce fait, envers celui que l'affaire concerne, à toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au mandataire.

[1] Les incapables, par exemple, le mineur et la femme mariée non autorisée, qui s'immiscent aux affaires d'autrui, ne sont pas soumis aux obligations qui résultent du quasi-contrat de gestion d'affaires. Ils peuvent seulement être recherchés, le cas échéant, soit par l'action *de in rem verso*, soit en vertu des art. 1382 et suiv. L. 3, § 4, D. *de neg. gest.* (3, 5). Pothier, *De la puissance du mari*, n° 50. Delvincourt, I, p. 162 et 163. Voy. en sens contraire: Toullier, IX, 39 et 40; Duranton, II, 497, XIII, 662 et 663; Larombière, *Des obligations*, V, art. 1374, n° 9; Zachariæ, § 441, texte et note 1re. On dit, à l'appui de cette dernière opinion, qu'au point de vue du dommage causé par le gérant, l'immixtion aux affaires d'autrui constitue un véritable quasi-délit. Il y a, dans cette assertion, une singulière confusion d'idées. Un incapable peut sans doute, en s'immisçant aux affaires d'autrui, commettre des quasi-délits ou des délits; et, dans ce cas, il sera évidemment passible de dommages-intérêts, en vertu des art. 1382 et 1383. Mais telle n'est pas notre question. Il s'agit de savoir si, en s'immisçant aux affaires d'autrui, un incapable se soumet à toutes les obligations résultant du quasi-contrat de gestion d'affaires, et notamment à celle de continuer la gestion qu'il a entreprise, ou à celle de répondre d'un défaut de soins qui ne dégénérerait pas en quasi-délit. Or, la négative de la question ainsi posée nous paraît incontestable : l'incapable ne peut pas plus, par son propre fait, s'obliger quasi-contractuellement, qu'il ne peut s'engager conventionnellement.

[2] Les actes faits par un mandataire en dehors des limites de son mandat doivent être considérés comme constituant une gestion d'affaires. Pothier, n° 177. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1372 et 1373, n° 3. Il en est de même des actes faits en exécution d'un mandat donné par une personne autre que celle dont l'affaire a été gérée. Caen, 13 avril 1856, Sir., 67, 2, 56.

[3] La gestion de celui qui administre les affaires d'autrui par suite de quelque obligation légale, par exemple, celle du tuteur, n'est pas une gestion d'affaires proprement dite, d'après les principes du Code Napoléon. Cpr. § 440.

Il est indifférent, pour l'application de cette règle, que le gérant, croyant faire l'affaire de telle personne, ait en réalité fait celle d'une autre personne qu'il n'avait pas en vue [4]. Il importe également peu, qu'il ait agi par des motifs d'intérêt purement personnels ou en considération de l'intérêt du maître de l'affaire [5], et que ce dernier ait eu ou non connaissance de la gestion [6]. Art. 1372, al. 2.

Le gérant d'affaires est tenu de continuer la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou ses héritiers soient en état d'en prendre eux-mêmes la direction. Art. 1372, al. 1, et 1373.

Il est également tenu d'apporter à la gestion, tous les soins d'un bon père de famille. Art. 1374, al. 1. Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant [7]. Art. 1374, al. 2.

Enfin, il doit rendre compte de sa gestion; et les dispositions de l'art. 1996 lui sont applicables aussi bien qu'au mandataire [8].

Le maître de l'affaire a, pour exiger l'accomplissement des diverses obligations du gérant, l'action *negotiorum gestorum directa*.

Cette action doit, par extension, être accordée contre celui qui a géré une affaire d'autrui que, par erreur, il croyait la sienne propre [9].

2° Toute personne, même incapable de contracter [10], dont l'affaire a été gérée par un tiers, à qui elle n'avait pas donné de man-

[4] L. 5, § 1, L. 45, § 2, D. *de neg. gest.* (3, 5). Pothier, n° 194. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1372-1373, n° 7. Colmet de Santerre, V, 349 *bis*, VI.

[5] L. 6, § 3. D. *de neg. gest.* (3, 5).

[6] En Droit romain, le maître d'une affaire qui, ayant connaissance de la gestion de cette affaire par un tiers, ne s'y opposait pas, était considéré comme lui ayant donné mandat. Voy. § 411, note 2.

[7] Cpr. sur la responsabilité du gérant d'affaires : Metz, 5 décembre 1855, Sir., 56, 2, 478. Toulouse, 9 juillet 1859, Sir., 59, 2, 407.

[8] Toullier, XI, 44 et 45. Duranton, XIII, 667. Colmet de Santerre, V, 352 *bis*, IV. Nancy, 31 janvier 1833, Sir., 34, 2, 603. V. cep. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n°s 19 et 20.

[9] Pothier, n° 185. Duranton, XIII, 648. Larombière, *op. cit.*, art. 1372-1373, n° 18. Cpr. L. ult., D. *de neg. gest.* (3, 5); texte et note 17 *infra*.

[10] Pothier, n°s 173 et 224. Merlin, *Rép.*, v° Quasi-contrat, n° 5. Favard, *Rép.*, v° Quasi-contrat, n° 8. Toullier, XI, 39. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 23. Zachariæ, § 441, texte et note 8. Cpr. § 335, texte *in fine*, n° 4; § 472, texte n° 3.

dat, est soumise aux obligations que l'exécution du mandat impose au mandant, pourvu que son affaire ait été gérée utilement[11].

Le gérant est donc, dans cette supposition, autorisé à répéter l'intégralité des dépenses que la gestion lui a occasionnées, avec intérêts à partir du jour de ses avances[12], et à exiger que le

[11] Le gérant d'affaires ne peut donc pas invoquer la disposition du deuxième alinéa de l'art. 1999. Delvincourt, sur l'art. 1375. Zachariæ, texte et note 9.

[12] L. 18, C. *de neg. gest.* (2, 19). Delvincourt, III, p. 447. Duranton, XIII. 674. Troplong, *Du mandat*, n° 620. Marcadé, sur l'art. 1375, n° 2. Toulier, IV, 583. Pont, *Des petits contrats*, I, 1098. Civ. cass., 23 mars 1819, Sir., 19, 1. 327. Paris, 26 novembre 1864, Sir., 66, 1, 53. Pau, 30 novembre 1869, Sir., 70, 2, 85. Cpr. Req. rej., 22 janvier 1833, Dalloz, 1833, 1, 216; Req. rej., 7 novembre 1864, Sir., 65, 1, 74 ; Req. rej., 6 novembre 1865, Sir., 66, 1. 53. Voy. en sens contraire : Domenget, II, 1337. Colmet de Santerre, V, 354 *bis*, II : Civ. rej., 7 novembre 1825, Dalloz, 1826, 1, 17; Lyon, 13 janvier 1849, Sir., 49, 2, 108 ; Lyon, 29 janvier 1870, Sir., 70, 2, 152. Dans ce système, les intérêts des avances faites par le *negotiorum gestor* ne lui seraient dus que du jour de la demande, conformément à l'art. 1153, par le motif qu'à la différence de ce qui a lieu en matière de mandat (art. 2001), l'art. 1375 ne les fait pas courir de plein droit. Mais, quelque grave que soit cette argumentation, nous ne la croyons cependant pas décisive. Toute la théorie du quasi-contrat de gestion d'affaires repose sur des raisons d'équité et d'utilité publique. Or, ces raisons veulent que, lorsque l'affaire a été utilement gérée, le gérant sorte complétement indemne de la gestion, ce qui évidemment n'aurait pas lieu, si les intérêts des sommes qu'il a avancées, et dont il aurait pu tirer profit, ne lui étaient pas bonifiés à partir du jour de ses avances. D'ailleurs, l'assimilation établie par les art. 1372, al. 2, et 1375 entre le mandat et la gestion d'affaires, en ce qui concerne les obligations réciproques que l'un et l'autre engendrent, conduit au même résultat ; et le système contraire à celui que nous défendons, introduirait une véritable inconséquence dans les dispositions de la loi. En effet, si le maître dont l'affaire a été utilement gérée est, comme le mandant, tenu de remplir les engagements contractés en son nom, et d'indemniser le gérant des engagements personnels qu'il a pris, sans qu'il y ait lieu de distinguer, sous ces deux rapports, entre le principal et les intérêts, il n'existe aucun motif pour admettre une pareille distinction quant au remboursement des sommes avancées par le gérant. Ces diverses considérations autorisent à dire que, dans le sens de l'art. 1375, et d'après l'esprit dans lequel il a été rédigé, le remboursement des avances faites par le gérant comprend virtuellement la bonification des intérêts. Cpr. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 17. Cet auteur n'admet le gérant d'affaires à réclamer l'intérêt de ses avances, qu'à charge de prouver qu'il aurait pu employer utilement les fonds par lui avancés, soit à l'extinction d'une dette personnelle, soit à un placement productif. Mais la possibilité d'un pareil placement ne se trouve-t-elle pas d'ores et déjà suffisamment établie par la situation économique et financière de notre société actuelle.

maître de l'affaire le fasse décharger ou l'indemnise de tous les engagements personnels qu'il a pris. Il jouit, à cet effet, de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Art. 1375.

Mais la disposition de l'art. 2002 ne saurait, en principe, être étendue du mandat à la gestion d'affaires[13].

Pour savoir si la gestion a été utile au maître, il faut se reporter au temps où elle a été entreprise. On doit donc accorder au gérant, la répétition des dépenses qui ont été utilement faites au moment où elles ont eu lieu, quoique, par suite de circonstances imprévues, l'avantage qui devait en résulter ne se soit pas réalisé, ou qu'il ait cessé[14].

Celui qui s'est immiscé aux affaires d'autrui dans des vues d'intérêt personnel, ne jouit pas de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Il ne peut, le cas échéant, répéter ses déboursés, que jusqu'à concurrence de la somme dont le maître de l'affaire se trouve enrichi au moment de la demande[15]. Il ne jouirait même pas de l'action *de in rem verso*, si, sans véritable immixtion dans les affaires d'une autre personne, il avait procuré à celle-ci quelque avantage indirect, par suite, par exemple, de travaux entrepris sur son propre fonds[16].

L'action *negotiorum gestorum contraria* ne compète pas davantage à celui qui a fait l'affaire d'autrui, croyant ne faire que la

[13] Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 22. Zachariæ, § 441, note 9. Civ. rej., 8 janvier 1862, Sir., 62, 1, 479. Cpr. Req. rej., 11 février 1834, Sir., 34, 1, 713.

[14] L. 10, § 1. D. *de neg. gest.* (3, 5). Pothier, n°s 221 et 222. Delvincourt, sur l'art. 1375. Toullier, XI, 375. Duranton, XIII, 671. Marcadé, sur l'art. 1375, n° 1. Colmet de Santerre, V, 354 *bis*, I. Zachariæ, § 441, note 9, *in fine*.—Sous ce rapport, l'action *negotiorum gestorum contraria* diffère de celle *de in rem verso*. Dans cette dernière, en effet, il faut, pour savoir si le défendeur se trouve enrichi aux dépens du demandeur, considérer uniquement le temps où la demande est formée. Cpr. § 576, texte *in fine*.

[15] C'est l'action *de in rem verso*, et non l'action *negotiorum gestorum contraria*, qui est ouverte en pareil cas. L. 6, § 3. D. *eod. tit.* Pothier, n°s 190 et 193. Duranton, XIII, 649. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 16. Colmet de Santerre, V, 349 *bis*, V. Zachariæ, § 441, texte et note 4.

[16] Larombière, *op. cit.*, V, art. 1372 et 1373, n° 8. Grenoble, 12 août 1836, Sir., 37, 2, 330. Req. rej., 6 novembre 1838, Sir., 39, 1, 160.

sienne propre[17], à moins que le maître de l'affaire n'ait eu connaissance de la gestion[18].

Celui qui s'est ingéré dans les affaires d'une personne contre sa défense formelle n'a, en général, aucune action pour répéter ses déboursés[19]. Il en serait cependant autrement, s'il était établi qu'il avait, pour s'y immiscer, un intérêt légitime, même d'affection seulement, ou d'honneur de famille, et qu'il l'a fait d'ailleurs sans aucun esprit de libéralité.

Quelles que soient, au surplus, les circonstances dans lesquelles une personne s'est immiscée aux affaires d'autrui, la ratification donnée par le maître de l'affaire équivaut à un mandat, et soumet ce dernier, envers le gérant, à toutes les obligations qui naissent de ce contrat[20].

3° Les rapports qui s'établissent entre le maître de l'affaire et

[17] *Nec obstat* L. ult., D. *eod. tit.* Thibaut, *System des Pandecten-Rechts*, § 971. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 16. Voy. en sens contraire : Duranton, XIII, 648 ; Marcadé, sur l'art. 1375, n° 3. — Pothier (n° 189) paraît aussi accorder, dans ce cas, l'action *negotiorum gestorum contraria*. Mais les explications que donne cet auteur, prouvent qu'il n'a eu réellement en vue qu'une action *de in rem verso*. Et nous ne voyons pas que, dans le cas dont il s'agit, on puisse admettre, à la charge du maître, l'existence d'un quasi-contrat de gestion d'affaires, qui, sous ce rapport, suppose de la part du gérant la volonté de faire l'affaire d'autrui.

[18] Cette circonstance doit produire, contre le maître de l'affaire, au moins autant d'effet qu'en produirait, malgré son ignorance, la circonstance que la gestion aurait été entreprise par le gérant en connaissance de cause.

[19] C'est dans ce sens que Justinien (L. ult., C. *de neg. gest.*, 2, 19) a décidé cette question, qui était controversée parmi les anciens jurisconsultes. Nous avons cru devoir adopter que cette décision, malgré l'opinion de Pothier, qui soutient qu'elle est contraire à nos mœurs, comme étant en opposition avec la maxime *Nemo ex damno alterius locupletior fieri debet*. Cette maxime, en effet, est d'autant moins applicable à l'hypothèse dont il s'agit, qu'il paraît difficile de supposer à celui qui s'immisce aux affaires d'autrui contre la défense formelle du maître, d'autre intention que celle de gratifier ce dernier, et que tout au moins on doit, en général, le considérer comme ayant renoncé à toute action en répétition. Toullier, XI, 55. Favard, *Rép.*, v° Quasi-contrat, § 7. Duranton, XII, 19. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1375, n° 4 ; Colmet de Santerre, V, 175 *bis*, XI, et 349 *bis*, IV; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1375, n° 24. Cpr. aussi Troplong, *Du cautionnement*, n° 329 ; Mourlon, *De la subrogation*, p. 207 et suiv.

[20] Req. rej., 11 février 1834, Sir., 34, 1, 713. Req. rej., 7 novembre 1864, Sir., 65, 1, 74. Req. rej., 5 novembre 1865, Sir., 66, 1, 53.

le gérant, d'une part, et les tiers avec lesquels ce dernier contracte, d'autre part, sont régis par des principes analogues à ceux qui concernent les rapports des tiers avec le mandant et le mandataire. Toutefois, le maître ne peut être engagé envers les tiers, comme envers le gérant lui-même, qu'autant que son affaire a été administrée dans son intérêt et d'une manière utile, ou qu'il a ratifié les actes du gérant [21]. Art. 1375, et arg. de cet article.

2. *De l'action en répétition naissant du paiement de l'indû; et, accessoirement, des autres actions en répétition qui s'y rattachent.*

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1376-1381. Les dispositions de ces articles sont, en général, tirées du Droit romain. — BIBLIOGRAPHIE. Pothier, *Traité du quasi-contrat appelé promutuum, et de l'action condictio indebiti*, faisant suite au *Traité du prêt de consomption*, nos 140 et suiv.

§ 442.

De l'action en répétition de l'indû proprement dite (condictio indebiti).

Celui qui a payé par erreur ce qu'il ne devait pas, est autorisé à répéter, *condictione indebiti*, ce qu'il a payé, soit que la dette qu'il a eu l'intention d'acquitter n'existât pas, soit que cette dette fût due par une autre personne, ou à une autre personne [1]. Art. 1376 et 1377.

1° *Des conditions générales auxquelles se trouve subordonnée l'action en répétition de l'indû.*

L'admission de la *condictio indebiti* est subordonnée à une double condition.

21 Marcadé, sur l'art. 1375, n° 2. Colmet de Santerre, V, 354 *bis*, IV et V.

1 Cette hypothèse, virtuellement comprise dans la disposition de l'art. 1376, est formellement prévue par les lois romaines. « *Indebitum est non tantum quod* « *omnino non debetur, sed et quod alii debetur, et alii solvatur.* » L. 65, § ult., D. *de cond. ind.* (12, 6). Cpr. L. 26, § 11, D. *eod. tit.*; L. 8, C. *de cond. ind.* (4, 5). Voy. cep. art. 1240. Toullier, XI, 821. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1376, n° 4.

Il faut, en premier lieu, que le paiement ait été fait par erreur[2]. Le paiement de l'indû fait en connaissance de cause ne donne lieu à aucune action en répétition[3]. Il en est ainsi, alors même qu'il a eu lieu sans esprit de libéralité, et avec l'intention d'en exercer la répétition[4].

[2] Sous ce rapport surtout, il importe de distinguer soigneusement la *condictio indebiti* proprement dite, de la *condictio sine causa*, et de la *condictio ob turpem vel injustam causam*. Ces dernières actions ne sont pas, pour leur recevabilité, subordonnées à la condition d'erreur de la part de la personne qui a fait le paiement. Voy. § 442 *bis*.

[3] Pothier, n° 142. Toullier, XI, 60 et 61. Demante, *Cours*, V, 357. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n[os] 2 et 26. Zachariæ, § 442, texte et note 4. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur les art. 1376 à 1377, n° 1; Mourlon, *Revue pratique*, 1864, XVIII, p. 196; Colmet de Santerre, V, 174 *bis*, XII et 355. Suivant ces auteurs, il résulterait du rapprochement des art. 1376 et 1377, que la condition d'erreur n'est requise que dans l'hypothèse prévue par l'art. 1377, et non dans celle dont s'occupe l'art. 1376. Mais cette manière de voir est aussi contraire aux antécédents historiques et aux travaux préparatoires du Code, qu'au texte sainement entendu des art. 1376 et 1377. En Droit romain, la condition d'erreur était exigée dans toutes les hypothèses de *condictio indebiti* proprement dite. « *Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest ; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.* » L. 1, § 1, D. *de cond. ind.* (12, 6). Voy. aussi : L. 53, D. *de R. J.* (50, 17) ; L. 9, C. *de cond. ind.* (4, 5). Ce principe, ainsi que l'atteste Pothier (*loc. cit.*), avait été admis dans notre ancienne jurisprudence, et le Discours du tribun Tarrible au Corps législatif établit, de la manière la plus formelle, que loin de vouloir y déroger, on a entendu le maintenir dans toute sa rigueur. Voy. Locré, *Lég.*, XIII, p. 54, n° 15. Si la condition d'erreur de la part de la personne qui a fait le paiement n'est pas spécialement indiquée dans l'art. 1376, la raison en est que ce texte a exclusivement pour objet de régler la position de celui qui a reçu le paiement, et de le soumettre à l'obligation de restitution, peu importe que la réception de l'indû ait eu lieu de sa part sciemment ou par erreur. Au surplus, Marcadé ne semble pas admettre, d'une manière absolue, la doctrine nouvelle que nous venons d'exposer et de combattre. Voy. la note suivante.

[4] La loi 53, D. *de R. J.* (50, 17), qualifie de donation la dation de l'indû faite en connaissance de cause. « *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto* « *dati donatio est.* » De là, Marcadé (*loc. cit.*) paraît conclure, contrairement à la proposition émise au texte, que la répétition est admise de la part de celui qui a livré ce qu'il savait ne pas devoir, à charge de prouver qu'il a voulu en transmettre la propriété à titre de paiement, et non à titre de donation. Voy. aussi : Delvincourt, III, p. 449 ; et Zachariæ, § 441, note 4, *in fine*. Mais c'est là donner à la loi précitée, un sens qu'elle ne comporte pas, puisque c'est précisément pour refuser toute action en répétition à celui qui a livré ce qu'il savait ne

Du reste, l'erreur de droit peut, aussi bien que l'erreur de fait, servir de fondement à une action en répétition de l'indû[5].

Il faut, en second lieu, que le paiement ait été fait indûment, c'est-à-dire sans une cause juridiquement suffisante pour le motiver de la part de celui qui l'a effectué. Les règles développées au § 345 sur la cause des obligations conventionnelles, s'appliquent également à la cause des paiements.

Les obligations naturelles sont donc, tout aussi bien que les obligations civiles, susceptibles de servir de cause à un paiement, à supposer qu'elles aient été acquittées volontairement, c'est-à-dire librement, en connaissance de cause, et avec l'intention de les éteindre comme telles. Art. 1235, al. 2.

Il y a mieux : le simple désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, constitue, dans les cas prévus au § 297, une cause suffisante de paiement[6].

Il importe peu, pour l'admissibilité de la *condictio indebiti*, que celui entre les mains de qui le paiement a été effectué, l'ait

pas devoir, qu'elle qualifie de donation une pareille livraison. C'est ce que prouve sans réplique la loi 50, D. *de cond. ind.* (12, 6). « *Quid quis sciens indebitum* « *dedit, hæ mente ut postea repeteret, repetere non potest.* » Cela est parfaitement juridique : ce serait se jouer de la justice, que de livrer, à titre de paiement, ce qu'on sait ne pas devoir, dans l'unique but de le répéter ensuite ; *Malitiis non est indulgendum.* Larombière, V, art. 1376, n° 26. Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 357 *bis*, VI.

[5] La question est fortement controversée entre les commentateurs du Droit romain. Cpr. Thibaut, *System des Pandeckten-Rechts*, I, § 28, texte et note 7, et II, § 974 ; Mackeldey, *Lehrbuch des Rœmischen Rechts*, § 409 ; Savigny, *System des heutigen Rœmischen Rechts*, appendice VIII, §§ 29 à 35 ; Puchta, *Pandekten*, § 309, note 1re; Pothier, n° 162. Sous l'empire de notre législation actuelle, la question nous paraît résolue, du moins en principe et sauf ce que nous dirons plus loin sous le rapport de la preuve, par le texte même de l'art. 1376, qui ne distingue pas entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Cpr. § 28, texte et notes 4 à 6. Merlin, *Rép.*, v° Ignorance, § 1, n° 7. Toullier, VI, 75. Duranton, XIII, 602. Marcadé, sur les art. 1376 et 1377, n° 2. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 32. Colmet de Santerre, V, 357 *bis*, VII. Zachariæ, § 442, texte et note 5. Civ. cass., 24 janvier 1827, Sir., 27, 1, 350. Besançon, 1er mai 1827, Sir., 27, 2, 141. Civ. cass., 18 mars 1850, Sir., 50, 1, 381. Colmar, 18 janvier 1859, Sir., 59, 2, 382. Req. rej., 4 août 1859, Sir., 60, 1, 33. Cpr. Delvincourt, III, p. 449.

[6] Cpr. § 297, texte n° 2, et note 28; Toullier, XI, 89; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 21.

reçu de bonne foi et par erreur, ou sciemment et de mauvaise foi[7]. Art. 1376.

Mais il convient de tenir compte de la capacité ou de l'incapacité de ce dernier. Le paiement fait à un incapable ne donne pas ouverture à la répétition de l'indû, et n'engendre, le cas échéant, qu'une action de *in rem verso*, ou une action *ex delicto vel ex quasi delicto*[8].

Le demandeur en répétition de l'indû doit prouver, d'une part, le fait du paiement dont il réclame la restitution, d'autre part, l'absence de toute obligation civile servant de cause à ce paiement. Il doit de plus, en règle générale, établir l'existence de l'erreur, de fait ou de droit, qui l'a empêché de faire valoir l'exception péremptoire au moyen de laquelle il eût pu refuser le paiement par lui effectué[9]. Cette règle, toutefois, ne saurait être admise d'une manière rigoureusement absolue; et il convient, pour l'appliquer sainement, de faire les distinctions suivantes :

Lorsque l'exception péremptoire qu'eût pu invoquer le demandeur en répétition de l'indû, est de nature à faire disparaître toute cause juridiquement suffisante de paiement, l'erreur de fait doit se présumer, et l'erreur de droit elle-même, quoique la preuve en reste toujours à la charge de ce dernier, peut plus facilement s'admettre que d'ordinaire[10]. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si le demandeur en répétition avait acquitté, soit une obligation entachée d'un vice de dol qu'il prétendrait n'avoir découvert qu'ultérieurement,

[7] Le point de savoir si celui qui a reçu le paiement était ou non de bonne foi, ne présente en général d'intérêt qu'au point de vue des suites de l'admission de la *condictio indebiti*, et du règlement des obligations plus ou moins étendues qui incombent au défendeur. Cpr. texte n° 4, *infra*. Voy. cep. texte n° 3, et note 19, *infra*.

[8] Un incapable ne peut pas plus, par son propre fait, s'obliger quasi-contractuellement, qu'il ne peut s'obliger conventionnellement. Cpr. § 441, texte et note 1re.

[9] Cpr. Toullier, XI, 64; Duranton, XII, 696; Larombière, *op. cit.*, art. 1376, n° 28; Zachariæ, § 442, texte et note 7.

[10] Dans l'hypothèse prévue au texte, toute possibilité de paiement proprement dit venant à disparaître, la dation de l'objet livré et répété par le demandeur, ne pourrait trouver sa cause que dans une intention de libéralité qui ne saurait se présumer. « *Nemo tam resupinus est ut facile suas pecunias jactet.* » L. 25, *præ.*, D. *de probat.* (22, 3). *In re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro.* L. 41, § 1, D. *de R. J.* (50, 17). Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, nos 30 à 32.

soit une dette déjà soldée par son auteur ou par un tiers, et dont il soutiendrait que le paiement ne lui a été révélé que plus tard.

Mais si l'exception péremptoire que le demandeur en répétition de l'indû a omis de faire valoir, est telle, que son admission même n'eût pas fait disparaître toute cause de paiement, et que celui qui a été effectué soit susceptible de s'expliquer par l'intention d'acquitter une obligation naturelle, ou par le désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur, l'erreur, même de fait, ne peut plus se présumer; le demandeur en répétition doit en administrer la preuve, pour établir que le paiement n'a été dicté par aucun des mobiles qui viennent d'être indiqués, et n'a eu d'autre cause que l'erreur qu'il invoque. Il en serait ainsi, par exemple, s'il prétendait n'avoir payé que par erreur une dette prescrite, ou une dette de jeu [11].

Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que, dans ces cas mêmes, le point de savoir si la preuve a été ou non administrée d'une manière complète, est, surtout dans une question d'intention, entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge, qui devra tenir compte des circonstances particulières de chaque espèce, et qui pourra notamment se montrer plus sévère ou plus facile au point de vue de la preuve, suivant qu'il s'agira d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait, et que le paiement prétendûment entaché d'erreur, aura été effectué par le débiteur apparent lui-même ou par son héritier.

Par exception à la règle d'après laquelle le demandeur en répétition de l'indû doit prouver les trois faits de paiement, d'absence de cause, et d'erreur, servant de fondement à sa demande, il est généralement admis que, si le défendeur avait nié de mauvaise foi la réalité du paiement, et que ce fait vînt à être prouvé contre lui, le juge devrait, en dispensant le demandeur de toute autre preuve, lui adjuger ses conclusions, à moins que, de son côté, le défendeur ne fût à même d'établir que le paiement lui a été fait pour une cause juridiquement suffisante [12].

[11] Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, nos 22, *in fine*, et 30.

[12] C'est ce que décide la loi 25, *prœ.*, D. *de prob.* (22, 3). Et quoique notre Code n'ait pas reproduit cette décision, le motif sur lequel elle repose est tellement conforme à la raison, qu'on ne doit pas hésiter à l'adopter. Delvincourt, III, p. 448. Toullier, XI, 64. Duranton, XII, 12, et XIII, 696. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 124, à la note. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 28.

2° *Du paiement d'une dette non existante.*

En se plaçant exclusivement au point de vue des obligations civiles, et en faisant abstraction des autres causes de paiement indiquées au numéro précédent, le paiement est à considérer comme fait indûment, non-seulement lorsque l'obligation qu'il a eu pour objet d'acquitter n'avait en fait aucun principe d'existence, mais encore dans le cas où elle ne reposait que sur un titre annulable ou rescindable, résolu ou révoqué, soldé ou éteint de toute autre manière [13].

Le paiement fait en extinction d'une dette légitime, mais qui excède le montant de cette dette, constitue, quant à l'excédant, un paiement de l'indû [14].

Il en est de même du paiement d'une dette soumise à une condition suspensive, lorsqu'il a lieu avant l'accomplissement de la condition [15], et du paiement d'un objet dû sous une alternative, que le débiteur croyait devoir d'une manière déterminée [16].

La répétition est donc admise dans toutes les hypothèses qui viennent d'être rappelées, à supposer, bien entendu, que le paiement ait eu lieu par erreur.

Au contraire, le paiement d'une dette ajournée fait, même par erreur, avant l'échéance du terme, n'est pas sujet à répétition [17]. Art. 1186.

Quant au paiement d'une dette soumise à une condition résolutoire, non encore accomplie, il peut, après l'accomplissement de la condition, être répété *condictione sine causa*, quoiqu'il ait été fait en pleine connaissance de cause [18].

3° *Du paiement d'une dette existante fait par une autre personne que par le débiteur.*

Celui qui, par erreur, se croyant débiteur, a acquitté la dette d'une autre personne, est autorisé à former, contre le créancier

[13] L. 26, § 3, D. *de cond. ind.* (12, 6). L. 66, D. *de R. J.* (50, 17). Pothier, n°s 143 et suiv. Larombière, V, art. 1376, n°s 5 à 8. Zachariæ, § 442, note 2.

[14] L. 1, C. *eod. tit.* (4, 5). Larombière, *op. cit.*, V, art. 1976, n° 13.

[15] Voy. § 302, texte n° 4, lett. *a*, et note 41.

[16] Pothier, *Des obligations*, n°s 255 et 257. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 11.

[17] Voy. § 303, texte et note 10.

[18] Cpr. note 2 *supra* et § 442 *bis*; Larombière, *op. cit.*, art. 1376, n° 12.

qu'il a payé, l'action en répétition de l'indû, à moins que ce dernier n'ait, par suite du paiement, supprimé, de bonne foi[19], son titre, auquel cas il n'a de recours à exercer que contre le véritable débiteur. Art. 1377.

Les dispositions de l'art. 1377 s'appliquent non-seulement au cas où la personne qui a fait le paiement, ne devait aucune portion de la dette, mais encore à celui où, se trouvant débitrice partielle, elle a payé par erreur au delà de sa part[20].

La circonstance *de suppression de titre,* dont le créancier est admis à exciper pour repousser l'action en répétition dirigée contre lui, est à considérer comme réalisée, lorsqu'il a, soit laissé prescrire sa créance, soit renoncé formellement aux sûretés destinées à en garantir le paiement ou négligé de les conserver, tout aussi bien qu'au cas où il a détruit matériellement l'acte constatant l'existence de la créance[21].

Le premier alinéa de l'art. 1377, supposant un paiement effectué, pour son propre compte, par celui qui croyait sienne une dette qui était en réalité celle d'un autre, est étranger au cas où une personne a payé pour le compte du véritable débiteur, avec ou sans subrogation. En pareil cas, celui qui a fait le paiement, ne jouit d'aucune action en répétition contre le créancier qu'il a désintéressé, quand bien même il ne parviendrait pas à se faire rembourser par le débiteur[22].

[19] Ces derniers mots, qui ne se trouvent pas dans le texte de l'art. 1377, doivent y être suppléés d'après son esprit. Duranton, XIII, 685. Marcadé, sur les art. 1376-1377, n° 4. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1377, n° 8. Colmet de Santerre, V, 358 *bis*, I. Zachariæ, § 442, texte et note 6.

[20] L. 21, D. *de cond. ind.* (12, 6). Toullier, XI, 85. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1376, n° 13.

[21] Introduite par des motifs d'équité, *ex bono et æquo*, la *condictio indebiti* doit se gouverner par les règles de l'équité. Or, ces règles nous apprennent que le créancier qui a reçu de bonne foi ce qui lui était dû, ne doit pas pâtir de l'erreur de celui qui l'a payé, et qu'il ne saurait être tenu de restituer ce qu'il a reçu, lorsqu'il n'est plus possible de le replacer dans la situation où il se trouvait avant le paiement. *Inter errantem et patientem, nulla est dubitatio. Nemo ex facto alterius prægravari debet.* Dumoulin, *De div. et indiv.*, n°s 139 et suiv.; Pothier, *Des obligations*, n° 256. Duranton, XIII, 685. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1377, n° 10. Colmet de Santerre, V, 358 *bis*, I. Voy. cep. Req. rej., 4 août 1859, Sir., 60, 1, 33.

[22] C'est à cette hypothèse principalement que s'applique la loi 44, D. *de cond. ind.* (12, 6). *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio*

C'est ainsi que le créancier qui, par le paiement fait à un autre créancier, s'est trouvé légalement subrogé dans ses droits hypothécaires, en vertu du n° 1 de l'art. 1251, ne peut exercer contre lui aucune action en répétition, encore que l'hypothèque vienne à s'éteindre, à raison de l'éviction du fonds hypothéqué subie par le débiteur commun[23].

La disposition du premier alinéa de l'art. 1377 est également étrangère à l'hypothèse d'un paiement fait par une personne qui, étant réellement débitrice, acquitte le montant de sa dette entre les mains de créanciers légitimes, primés par un autre créancier, sur la poursuite duquel elle est obligée de payer une seconde fois. Aucune action en répétition ne lui compète, en pareil cas, contre les créanciers qu'elle a désintéressés[24]. C'est ainsi que l'acquéreur sur aliénation volontaire, ou l'adjudicataire sur expropriation forcée, qui a soldé son prix, en vertu d'une délégation conventionnelle ou d'une collocation judiciaire, aux créanciers assignés pour le recevoir, ne jouit d'aucune action en répétition contre ces derniers, alors même qu'il se trouverait obligé de payer un nouveau créancier dont les droits seraient demeurés intacts[25]. C'est ainsi encore, que l'acquéreur d'un immeuble qui a payé un créancier hypothécaire, utilement colloqué, ne peut exercer aucune action en répétition contre ce dernier, bien que la vente, dont le prix formait l'objet de l'ordre, ait été ultérieurement résolue par suite de l'action d'un précédent vendeur[26].

quam a vero debitore solutum est. Cette loi n'est pas réellement en opposition avec la loi 19, § 1, et la loi 65, § 9, *eod. tit.* Toullier, XI, 83 et 84. Duranton, XIII, 684. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1377, n° 7.

[23] Paris, 5 juillet 1854, Sir., 54, 2, 651.

[24] Ici encore, on doit appliquer la règle *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit.*

[25] Req. rej., 20 juillet 1821, Sir., 22, 1, 333. Req. rej., 28 avril 1840, Sir., 40, 1, 736. Civ. cass., 12 novembre 1850, Sir., 51, 1, 12. Agen, 14 mars 1865, Sir., 67, 2, 55. Cpr. Civ. rej., 30 avril 1850, Sir., 50, 1, 449.

[26] Paris, 12 février 1844, Sir., 44, 2, 115. — L'hypothèse indiquée au texte est toute différente de celle où l'acquéreur vient à être évincé par suite d'une action en revendication, formée par le véritable propriétaire de l'immeuble. Dans cette dernière hypothèse, dont nous nous sommes occupés au § 355, texte et note 24, on trouve toutes les conditions requises pour la *condictio sine causa,* puisque, la vente de la chose d'autrui étant nulle, l'acquéreur n'a jamais été véritable débiteur du prix, et que les créanciers du vendeur n'avaient aucun droit sur ce prix. Dans l'hypothèse actuelle, au contraire, la vente ayant été

Enfin, le premier alinéa de l'art. 1377 ne s'applique pas davantage au cas où le délégué s'est engagé envers le délégataire et a payé entre ses mains le montant de la délégation, dans la fausse croyance qu'il se trouvait débiteur du délégant. Dans ce cas-là même, le délégué ne jouit d'aucune action en répétition contre le délégataire, et n'a de recours à exercer que contre le délégant, peu importe du reste que ce dernier ait ou non été déchargé par son créancier[27].

4° Des suites juridiques de l'action en répétition de l'indû.

Ces suites varient selon l'objet du paiement, et selon la bonne ou la mauvaise foi de celui qui l'a reçu.

Lorsqu'il s'agit de sommes d'argent, ou d'autres choses qui se déterminent au compte, au poids, ou à la mesure, celui qui les a reçues indûment, doit rendre les mêmes sommes, ou une pareille quantité de choses de même qualité. Il doit, de plus, s'il a été de mauvaise foi, bonifier les intérêts de ces sommes ou de la valeur estimative de ces choses, à partir du jour du paiement. Art. 1378. Il est du reste bien entendu, que si la chose indûment payée consiste en intérêts ou arrérages, celui qui les a reçus, même de bonne foi, n'est pas à raison de cette circonstance autorisé à les retenir[28].

valable en elle-même, malgré la résolution dont elle a été suivie, l'acquéreur se trouvait véritablement débiteur du prix, et le créancier hypothécaire entre les mains duquel il a été payé, n'a fait que recevoir ce qui lui était dû. Que si l'acquéreur se trouve privé de la chose par l'action en résolution d'un précédent vendeur, il ne doit l'imputer qu'à l'imprudence qu'il a commise, en ne désintéressant pas ce dernier, avant de payer le créancier hypothécaire.

[27] Telle est la décision formelle de la loi 12, D. *de nov. et del.* (46, 2), qui applique encore ici la règle *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit.* Cette décision, parfaitement juridique, doit être suivie sous l'empire du Code. En effet, la délégation n'exigeant pas pour sa perfection que le délégué soit débiteur du délégant, le délégataire n'a aucune information à prendre à ce sujet, et l'erreur du délégué ne peut pas tourner à son préjudice. *Inter errantem et patientem nulla est dubitatio.* Voy. en ce sens : § 324, texte n° 1, et note 8. Aux autorités citées dans cette note, en faveur de notre opinion, il faut encore ajouter : Merlin, *Rép.*, v° Délégation, n° 3; Bordeaux, 2 avril 1835, Sir., 35, 2, 391; Req. rej., 7 mars 1855, Sir., 55, 1, 577. — La même solution devrait-elle être admise dans le cas où le délégué se serait engagé, envers le délégataire, à lui payer une dette déterminée, dont il se considérait comme débiteur du délégant? *Quid* du cas de cession? Voy. sur ces deux points : § 442 *bis*.

[28] Ces intérêts et arrérages forment, en effet, la chose principale soumise à restitution. Req. rej., 4 août 1859, Sir., 60, 1, 33.

Lorsqu'il s'agit d'un immeuble ou d'un meuble déterminé dans son individualité, celui qui l'a reçu indûment doit, s'il le possède encore, le restituer en nature, avec ses accessoires et les accessions qui peuvent y être survenues; peu importe qu'il ait été de bonne foi ou de mauvaise foi. Mais, s'il a été de bonne foi, il ne doit compte des fruits qu'à partir du jour où sa bonne foi a cessé[29]. Ce n'est également qu'à compter de cette époque, qu'il devient responsable de la perte ou des détériorations qui seraient arrivées par défaut de soins de sa part[30]. Enfin, quand, avant la cessation de sa bonne foi, il a aliéné l'objet qui lui a été indûment livré, il n'est tenu de restituer que le prix de la vente. Si, au contraire, il était de mauvaise foi, il doit tous les fruits qu'il a perçus ou pu percevoir depuis le jour du paiement; il répond non-seulement de la perte ou des détériorations arrivées par sa faute, mais encore de celles qui ont eu lieu par cas fortuit, à moins qu'il ne prouve que l'objet à restituer eût également souffert ou péri chez le propriétaire[31]; et il doit restituer la valeur intégrale de la chose qu'il aurait aliénée[32]. Art. 1379 et 1380.

[29] Arg. *a contrario*, art. 1378. Duranton, XIII, 691. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1378 et 1379, n° 9. Zachariæ, § 442, texte et note 11. Voy. en sens contraire : Toullier, XI, 94. — En Droit romain, celui qui avait reçu, même de bonne foi, un objet non dû, était obligé de restituer tous les fruits qu'il en avait perçus. L. 15, *præ.*, et L. 65, § 5, D. *de cond. ind.* (12, 6). Pothier, n° 172.

[30] Cette restriction peut, au premier abord, paraître en opposition avec le texte de l'art. 1379. Mais, outre que la proposition contraire conduirait à des injustices qu'il ne peut avoir été dans la pensée du législateur de consacrer, il faut remarquer que l'art. 1379 ne déclare responsable celui qui a reçu de bonne foi une chose qui ne lui était pas due, que de la perte ou des détériorations arrivées par sa *faute*. Or, aussi longtemps que dure sa bonne foi et qu'il a un juste motif de se croire propriétaire de l'objet qui lui a été livré, on ne peut lui imputer à faute de le négliger ou de le détériorer : *Quia quasi suam rem neglexit. nulli querelæ subjectus est.* L. 31, § 3, D. *de hered. petit.* (5, 3). Ce ne sera qu'à partir du moment où il connaîtra l'obligation de rendre cet objet, qu'il sera en faute, s'il ne prend pas soin de le conserver. Pothier, n°s 170 et 171. Delvincourt, III, p. 451. Toullier, XI, 95 et 102. Marcadé, sur les art. 1378 à 1380, n° 2. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1378 à 1379, n° 3. Colmet de Santerre, V, 360 *bis*, II. Zachariæ, § 442, texte et note 12. Voy. cep. Duranton, XIII, 699, à la note.

[31] Arg. art. 1302, al. 2. Cpr. § 308, texte n° 3, et note 39; § 331, texte n° 1. Duranton, XIII, 693. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1378 et 1379, n° 3. Zachariæ, § 442, texte et note 14.

[32] Pothier, n° 177. Larombière, *op. cit.* Zachariæ, § 442, texte et note 15.

Dans ces différentes hypothèses, l'héritier de celui qui a reçu, de mauvaise foi, ce qui ne lui était pas dû, n'est pas admis à se prévaloir de sa bonne foi personnelle, pour se soustraire aux conséquences de la mauvaise foi de son auteur. C'est ainsi que, malgré sa bonne foi, il est tenu comme ce dernier l'eût été lui-même, de la bonification des intérêts et de la restitution des fruits [33].

Celui qui est obligé de restituer un immeuble ou un meuble déterminé dans son individualité, a droit, qu'il l'ait reçu de bonne foi ou de mauvaise foi, au remboursement des dépenses par lui faites pour sa conservation ou pour son amélioration. Cependant les impenses utiles ne doivent, lors même qu'il a été de bonne foi, lui être bonifiées, que jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée [34]. Art. 1381 [35]. Il jouit pour le remboursement de ces impenses d'un droit de rétention [36]. Quant aux impenses simplement voluptuaires, il ne peut, en aucun cas, en répéter le montant.

L'action en répétition de l'indû peut, quand il s'agit d'un immeuble qui a été aliéné par celui qui l'avait reçu en paiement, être

[33] En effet, les engagements résultant de quasi-contrats passent aux héritiers et successeurs universels, tout aussi bien que les obligations conventionnelles. Cpr. § 617. L'hypothèse dont nous nous occupons ici, est toute différente de celle que nous avons examinée au § 206 (texte n° 4, et note 21). C'est à tort que l'annotateur du *Recueil des lois et arrêts* (Sir., 65, 1, 250, à la note), les considère comme devant se résoudre par le même principe. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1378 et 1379, n° 8. Req. rej., 10 juin 1857, Sir., 58, 1, 59. Civ. cass., 8 juin 1864, Sir., 64, 1, 388. Civ. rej., 17 mai 1865, Sir., 65 1, 250.

[34] M. Duranton (XIII, 695) enseigne cependant que celui qui a reçu de bonne foi une chose qu'il croyait lui être due, a droit au remboursement intégral des dépenses qu'il a faites pour son amélioration. Mais cet auteur paraît ne pas avoir remarqué que l'excédant des déboursés sur la mieux-value encore existante, était déjà perdu pour le possesseur de l'immeuble, et que cette perte serait demeurée à sa charge, s'il en était resté propriétaire. L'opinion de M. Duranton, contraire à celle de Pothier (n° 173), qui cependant écrivait d'après le Droit romain, nous paraît d'autant moins admissible, que le Code Napoléon, à la différence de ce Droit, dispense celui qui a reçu un objet de bonne foi de l'obligation d'en restituer les fruits, et qu'il semble naturel d'établir une compensation entre les fruits et la perte qui peut résulter de ce que la mieux-value provenant des améliorations, est inférieure au montant des dépenses qu'elles ont occasionnées. Delvincourt, III, p. 451. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1381, n° 5.

[35] La rédaction de l'art. 1381 est tout à la fois ambiguë et incomplète. Marcadé, sur l'art. 1381, n° 1.

[36] Voy. § 256 *bis*, texte et note 5.

dirigée contre le tiers acquéreur, encore que ce dernier l'ait acquis à titre onéreux, et que son auteur ait été de bonne foi en le recevant et en l'aliénant [37]. Mais le demandeur devrait, dans cette hypothèse, indemniser celui auquel il a mal à propos livré l'immeuble, de tout ce que ce dernier serait tenu de payer à l'acquéreur évincé, en sus du prix de vente [38].

[37] D'après le Droit romain, l'action en répétition de l'indû ne pouvait être dirigée contre les tiers détenteurs. Pothier (n°s 178 et 179) pensait que ce principe, vrai en général, devait fléchir lorsqu'il s'agissait d'un acquéreur à titre gratuit. Delvincourt (III, p. 681) et Toullier (XI, 97 et suiv.) rejettent ce tempérament. Mais ils en adoptent un autre, en accordant l'action contre les tiers. dans le cas où celui qui a reçu le paiement a été de mauvaise foi. Quant à Zachariæ (§ 442, texte et note 8), il semble adopter, d'une manière absolue et sans restriction, la solution du Droit romain. Ces différents systèmes doivent, à notre avis, être rejetés. Notre opinion se fonde sur les principes qui régissent en Droit français la position des successeurs particuliers, au point de vue des droits qui leur compètent, et des obligations qui leur incombent en cette qualité. Voy. § 176, texte n° 2, et § 176 *bis*. Le droit de propriété de celui qui reçoit un immeuble indûment livré à titre de paiement, se trouve, dès l'instant de la réception, restreint ou modifié par une obligation de restitution, qui passe, avec ce droit lui-même, à tous ceux auxquels l'immeuble est transmis. La distinction que Toullier et Delvincourt font entre l'hypothèse où celui qui a reçu en paiement une chose non due a été de bonne foi, et l'hypothèse contraire, ne repose sur aucun motif solide, et semble condamner le système auquel elle sert de base. Quant à l'argument que ces auteurs tirent de l'art. 1380, il nous paraît porter à faux. Cet article, en effet, n'ayant d'autre objet que de régler la position de celui qui a vendu de bonne foi une chose qu'il avait reçue indûment, laisse entière la question qui nous occupe, et se concilie parfaitement avec notre manière de voir. Cpr. la note suivante. Nous ajouterons cependant que Bertrand de Greuille (*Rapport au Tribunat*, Locré, *Lég.*, XIII, p. 39, n° 7) et Tarrible (*Discours au Corps législatif*, Locré, *Lég.*, XIII, p. 55, n° 16) attribuent à l'art. 1380, le même sens que Toullier et Delvincourt. Voy. en faveur de notre opinion : Duranton, XIII, 683 ; Marcadé, sur les art. 1378-1380, n° 3 ; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1380, n° 7. Cpr. aussi : Colmet de Santerre, V, 361 *bis*, III et IV.

[38] Arg. art. 1380. Duranton, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Larombière, *op. cit.*, V, art. 1380, n° 9. Suivant cet auteur, la perte qu'entraînerait le recours en garantie, ne serait pas la suite immédiate et directe de l'imprudence commise par celui qui a livré, à titre de paiement, l'immeuble dont il n'était pas débiteur, mais bien la conséquence de l'aliénation consentie par celui qui l'a reçu, et devrait ainsi rester à sa charge en vertu de l'art. 1151. Cette argumentation ne nous a pas convaincus. Il nous semble d'abord très-contestable en principe, que l'art. 1151 puisse trouver son application dans un cas où le dommage ne résulte pas de l'inexécution d'une obligation. Et dût-on ad-

§ 442 *bis*.

Des actions en répétition de paiements effectués sans cause, ou pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, et de paiements obtenus à l'aide de moyens illicites. (*Condictio sine causa, id est hoc sensu, causa data, vel non secuta, vel finita. Condictio ob turpem vel injustam causam*) [1].

Les paiements effectués sans cause, c'est-à-dire (*hoc sensu*) pour une cause future, qui ne s'est pas réalisée, ou pour une cause déjà existante, mais qui a cessé d'exister [2], comme aussi ceux qui ont eu lieu en vue d'une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, et ceux enfin qui ont été obtenus à l'aide de moyens illicites, donnent, en principe, ouverture à une action en répétition, indépendamment de toute erreur de la part de celui qui

mettre le contraire, toujours serait-il que la règle générale posée par cet article doit fléchir devant la disposition spéciale de l'art. 1380, qui, prévoyant précisément le cas d'aliénation de l'immeuble indûment reçu, n'impose au vendeur d'autre obligation que celle de restituer le prix par lui touché, et indique ainsi bien clairement qu'il doit sortir complétement indemne d'une situation dont la cause primordiale se trouve en définitive dans l'imprudence de l'auteur du paiement de l'indû. Ce dernier est sans doute autorisé à diriger son action en restitution contre le tiers acquéreur. Mais l'exercice de cette action ne doit pas être pour lui un moyen de violer indirectement l'art. 1380, en laissant à la charge de celui auquel il a livré l'immeuble, la perte résultant du recours en garantie auquel la même action a donné ouverture.

[1] Il n'existe pas, au Code Napoléon, de textes spécialement applicables à la matière formant l'objet du présent paragraphe. Le corps de Droit romain contient, au contraire, plusieurs titres où se trouvent exposées les règles qui régissent la *condictio sine causa* et la *condictio propter turpem vel injustam causam*. Voy. au Digeste les titres 4, 5 et 7 du deuxième livre, et au Code, les titres 6, 7 et 9 du quatrième livre. Ces règles avaient été reçues dans notre ancienne jurisprudence. Voy. Pothier, *Des obligations*, n[os] 42 à 46. Celles de ces règles qui ne sont contraires, ni aux dispositions du Code Napoléon, ni à l'esprit général de notre législation, semblent donc devoir être encore admises aujourd'hui.

[2] Le paiement de l'indû est aussi un paiement fait sans cause, dans le sens le plus large de ces expressions. Mais ici nous nous servons des termes *paiements faits sans cause* dans un sens spécial et plus restreint, pour désigner les paiements de cette nature autres que celui de l'indû. « *Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quæ finita, est, vel secuta non est, condictioni locum fore.* » L. 1, § 2, D. *de cond. sine causa* (12, 7).

les a faits [3], et sans qu'il y ait à examiner s'ils ont ou non été dictés par l'intention d'accomplir une obligation naturelle, ou par le désir de satisfaire à un sentiment d'équité, de conscience, de délicatesse, ou d'honneur [4].

Le principe qui vient d'être posé, s'applique, sans aucune modification, aux paiements faits sans cause, qui sont toujours sujets à répétition. C'est ainsi qu'une somme donnée à titre de dot, en vue d'un mariage légalement impossible [5], ou qui de fait n'a pas été célébré, peut être répétée *condictione sine causa*. Il en est de même de l'indemnité payée à raison du défaut de représentation d'une chose dont le propriétaire a plus tard recouvré la possession, du

[3] Sous ce premier rapport, les actions en répétition dont il est ici question diffèrent essentiellement de la *condictio indebiti*, qui n'est ouverte qu'au cas où le paiement a été fait par erreur. Cette différence s'explique, pour ces diverses actions, par les considérations suivantes : Celui qui paie ce qu'il sait ne pas devoir, n'a, quel que soit le mobile qui a dicté le paiement, aucun motif légitime pour répéter ce qu'il a payé. Voy. § 442, texte, notes 3 et 4. Celui, au contraire, qui paie en vue d'une cause future, ou d'une cause déjà existante, mais sujette à disparaître, n'entend payer que sous la condition que la cause future se réalisera, ou que la cause existante ne disparaîtra pas : et la défaillance de cette condition doit nécessairement ouvrir à son profit la *condictio sine causa*. D'un autre côté, celui qui, même sciemment, fait un paiement pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, ne peut, par l'effet de sa volonté, rendre légitime une cause que la loi réprouve d'une manière absolue, et qui dès lors ne saurait, ni justifier le paiement, ni engendrer une exception contre l'action en répétition. Voy. art. 1131, 1133 ; et § 297, texte n° 3. Enfin, lorsqu'il s'agit d'un paiement obtenu par des moyens illicites, il est de toute évidence que le paiement, eût-il eu lieu en connaissance de cause, ce qui d'ailleurs ne saurait s'admettre au cas de dol qui suppose toujours l'erreur, n'en serait pas moins vicié en soi, et devrait toujours, par cela même, donner ouverture à l'action en répétition.

[4] De pareils mobiles ne sauraient se comprendre pour des paiements rentrant dans la première et la dernière des catégories indiquées au texte. Quant aux paiements faits pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, qui de fait peuvent avoir été dictés par l'un de ces mobiles, notre proposition se justifie par les considérations présentées à la note précédente. C'est ainsi, par exemple, qu'en matière de cession d'office, le paiement d'un supplément de prix stipulé dans un traité secret, est sujet à répétition, bien qu'on puisse en pareil cas, et selon les circonstances, admettre qu'il a été fait en vue d'accomplir une obligation naturelle. Cpr. texte et note 7 *infra*.

[5] L. 5, *pr.*, et § 1, D. *de cond. sine causa* (12, 6).

prix soldé par un acquéreur évincé, et de tous objets livrés sous une condition résolutoire qui est venue à s'accomplir [6].

Les paiements faits pour une cause contraire à la loi ou à l'ordre public, et, partant, destitués de toute efficacité juridique, donnent aussi lieu, en principe, à une action en répétition. Art. 1131 et 1133. C'est ainsi que le paiement d'intérêts usuraires, ou d'un supplément de prix stipulé par un traité secret en matière de cession d'office, est susceptible d'être répété par la *condictio sine causa* [7].

Toutefois, s'il s'agissait d'un paiement fait en exécution d'une convention qui, de sa nature, devait procurer à chacune des parties un avantage illicite, et qui, par suite, ne pourrait sans turpitude être alléguée ni par l'une ni par l'autre, l'action en répétition ne serait plus admissible [8].

[6] Voy. § 355, texte n° 2, et note 30 ; § 442, texte n° 2, et note 18.

[7] La jurisprudence est aujourd'hui constante sur ce point. Voy. les arrêts cités à la note 26 du § 297. Cette jurisprudence, approuvée par Toullier (XI, 89) et par M. Larombière (V, art. 1376, n° 21), a été critiquée par M. Bozérian (*Revue pratique*, 1858, V, p. 15 et suiv.), qui prétend qu'un traité secret en matière de cession d'office, imprime aux deux parties une égale tache de turpitude, et que dès lors toute action en répétition doit être écartée, en vertu de la maxime *In pari causa turpitudinis, cessat repetitio*. L'appréciation qui forme le point de départ de cette argumentation, est, à notre avis, complétement inexacte. Le cessionnaire qui consent à dissimuler, au moyen d'un traité secret, une partie du prix de l'office, n'est sans doute pas à l'abri de tout reproche ; mais il y a dans sa conduite plus de faiblesse que de malhonnêteté, puisqu'en agissant ainsi, il ne recherche aucun avantage illicite, et ne fait que se soumettre à la pression exercée sur lui par le cédant ; tandis que ce dernier, qui veut, à l'aide du traité secret, se procurer, d'une manière illégitime, un prix supérieur à l'équitable valeur de l'office, telle qu'elle sera arbitrée par le gouvernement, se rend véritablement coupable d'une action malhonnête. La maxime précitée ne saurait donc trouver ici son application.

[8] *In pari causa turpitudinis, cessat repetitio*. Voy. les lois romaines citées à la note 14 *infra*. Merlin, *Quest.*, v° Causes des obligations, § 1, n° 2. Delvincourt, II, p. 462 et 473. Toullier, XI, 126. Larombière, *op. cit.*, I, art. 1133, n° 10. Pont, *Des petits contrats*, I, 663. Bozérian, *op. et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1133 ; Pilette, *Revue pratique*, 1863, XV, p. 467 ; Colmet de Santerre, V, 49 *bis*, IV ; Demolombe, XXIV, 382. Ces auteurs admettent, même dans ce cas, l'action en répétition, par argument des art. 1131 et 1376. Refuser l'action en répétition, ce serait, disent-ils, donner quelque effet à la convention en vertu de laquelle a été effectué le paiement, dont la cause est contraire à la loi ou à l'ordre public ; tandis que, d'après l'art. 1131, elle n'en peut produire aucun. Et ce serait, d'un autre côté, apporter à la

Elle ne le serait pas, par exemple, dans le cas où une société ayant été formée pour des opérations de contrebande, l'une des parties voudrait répéter contre l'autre des sommes soldées en exécution de cette convention, à titre de part dans les bénéfices ou dans les pertes [9]. Elle ne le serait pas davantage, quant aux sommes payées en exécution d'une convention, par laquelle celui qui les a reçues, se serait engagé à ne pas prendre part à une enchère [10]. Enfin, l'action en répétition devrait aussi être écartée, s'il s'agissait de paiements faits en exécution d'une convention de jeu ou de pari sur la hausse ou la baisse des effets publics [11].

Ce qui vient d'être dit des paiements faits pour une cause contraire à la loi ou à l'ordre public, s'applique également aux paiements faits en vue d'une cause contraire aux bonnes mœurs. Il faut donc encore ici distinguer, s'il n'y a eu turpitude que de la part de celui qui a reçu le paiement, ou si la turpitude a été commune aux

règle posée par l'art. 1376, une exception que la généralité de sa disposition ne comporte pas. Nous répondrons que, quelque générale que soit la disposition de l'art. 1376, il paraît cependant qu'en la décrétant, le législateur n'a entendu s'occuper que de la *condictio indebiti* proprement dite, sans avoir en vue la *condictio propter turpem causam*, et que la règle établie par cet article doit ici fléchir devant un principe supérieur, qui se rattache à la dignité de la magistrature, et qui domine toute la matière des actions : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. L'argument tiré de l'art. 1131 est moins spécieux encore, et ne repose que sur une confusion. Si, l'action en répétition se trouvant écartée, le défendeur conserve de fait ce qui lui a été payé en exécution de la convention contraire à la loi ou à l'ordre public, il ne le retient cependant pas en vertu de cette convention, à laquelle on donnerait ainsi quelque effet en contravention à l'art. 1131, mais bien à raison de l'indignité du demandeur en répétition, qui n'est pas recevable à alléguer sa propre turpitude.

[9] Voy. § 378, texte n° 2, *in fine*, et notes 6 à 9.

[10] Cpr. Code pénal, art. 412. Voy. cep. en sens contraire : Limoges, 16 avril 1845, Sir., 46, 2, 465. En appliquant, par analogie, à l'hypothèse indiquée au texte, la jurisprudence qui admet la répétition des sommes payées en vertu d'un traité secret relatif à la cession d'un office, la cour de Limoges n'a pas remarqué que nulle turpitude n'est à reprocher au cessionnaire qui s'est engagé, sans aucune vue de lucre illicite, à acquitter un supplément de prix, tandis que, dans une convention formée contrairement aux dispositions du second alinéa de l'art. 412 du Code pénal, il y a évidemment turpitude de la part des deux parties.

[11] Voy. § 386, texte n° 2, et note 29.

deux parties[12]. Au premier cas, ce qui a été payé peut être répété par la *condictio ob turpem causam*, alors même que le fait en vue duquel le paiement a été effectué, aurait été accompli[13]. Au second cas, la répétition cesse, alors même que ce fait ne se serait pas réalisé[14].

Il résulte de ces règles, que les sommes payées à une personne, soit pour qu'elle s'abstienne d'un délit ou d'une action immorale, soit pour qu'elle accomplisse une obligation juridique ou un devoir moral, sont sujettes à répétition[15]. Il en résulte, en sens inverse, que le paiement fait à une personne, soit pour qu'elle commette un délit ou une action immorale, soit pour qu'elle s'abstienne d'accomplir une obligation juridique ou un devoir moral, ne peut être répété. C'est ainsi que les sommes payées à un entrepreneur de succès dramatiques ne sont pas sujettes à répétition[16].

Les objets ou valeurs dont une personne a été injustement dépouillée, et qui se trouvent ainsi, par suite d'un fait illicite, entre les mains d'une autre personne, peuvent être répétés contre celle-ci *condictione ob injustam causam*[17]. C'est ce qui aurait lieu, par exemple, dans le cas où un créancier, même légitime, se serait fait, à l'aide de dol ou de violence, payer de sa créance par un tiers qui n'en était pas débiteur.

Les actions en répétition dont il est question au présent paragraphe, peuvent, au cas où, par suite de cession ou de délégation d'une créance déterminée, le paiement a été fait entre les mains du cessionnaire ou du délégataire, être formées contre ces derniers, qui ne sont pas admis à les repousser sous le prétexte qu'ayant reçu ce qui leur était dû, l'auteur du paiement n'a de recours à exercer que contre le cédant ou le délégant. Ainsi, par exemple, l'acquéreur d'un immeuble peut, après en avoir subi

12 Voy. pour et contre cette proposition, les autorités citées à la note 8 *supra*.

13 « *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.* » L. 1, § 2, D. *de cond. ob turp. vel inj. caus.* (12, 5). Voy. aussi : L. 4, C. *de cond. ob turp. caus.* (4, 7).

14 « *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus.* » L. 3 D. *eod. tit.* Voy. aussi : L. 8, D. *eod. tit*; LL. 2 et 5, C. *de cond. ob. turp. caus.* (4, 7).

15 L. 2, §§ 1 et 2, D. *de cond. ob turp. vel inj. caus.* (12, 5).

16 Req. rej., 17 mai 1841, Sir., 41, 1, 623. Paris, 8 août 1853. Sir., 53, 2, 499. Cpr. aussi : Paris, 30 novembre 1839, Sir., 40, 2, 121.

17 LL. 6 et 7, D. *de cond. ob turp. vel inj. caus.* (12, 5).

l'éviction, répéter *condictione sine causa*, contre le cessionnaire du prix de vente, la somme qu'il lui a versée à ce titre[18].

Du reste, les règles développées au nº 4 du paragraphe précédent sur les suites juridiques de la *condictio indebiti*, s'appliquent également aux actions en répétition dont nous nous occupons ici. C'est ainsi que les intérêts des sommes à restituer sont dus, lorsqu'elles ont été reçues de mauvaise foi, du jour du paiement, et non pas seulement à partir de la demande[19].

[18] Mourlon, *Revue pratique*, 1863, XV, p. 97 et 303, XVI, p. 65. Paris, 5 février 1848, Sir., 48, 2, 155. Les motifs du jugement de première instance, motifs que la Cour s'est appropriés, vont trop loin, en ce qu'ils semblent accorder au débiteur d'un prix de vente, évincé de l'objet vendu, un véritable recours en garantie contre le cessionnaire. Il est évident, en effet, que ce dernier, qui n'est substitué au cédant que relativement au prix de vente, ne peut être soumis qu'à la restitution du prix, et ne saurait être tenu, ni du remboursement des frais et loyaux coûts du contrat, ni du paiement des autres dommages-intérêts. Voy. en sens contraire de la proposition énoncée au texte : Héan, *Revue pratique*, 1862, XIV, p. 393; 1863, XVI, p. 18; Colmar, 21 juillet 1812, Sir., 13, 2, 241. Cpr. aussi : Civ. rej., 13 décembre 1826, Sir., 27, 1, 266. Pour défendre sa manière de voir, M. Héan a cherché à établir qu'en Droit français, comme en Droit romain, le cessionnaire n'est que le représentant, le *procurator in rem suam*, du cédant, qui reste toujours titulaire de la créance. Cette thèse, évidemment insoutenable, a été victorieusement réfutée par M. Mourlon (*loc. cit.*). La Cour de Colmar s'est placée à un autre point de vue : Après avoir décidé, conformément à l'opinion ci-dessus exprimée, qui est aussi celle de Zachariæ (§ 359, note 20, *in fine*), que le cessionnaire d'un prix de vente n'est pas, au cas d'éviction de l'immeuble vendu, soumis envers l'acquéreur à une véritable obligation de garantie, elle l'a même exempté de la restitution du prix, par le motif que l'art. 1377 n'accorde l'action en répétition que pour cause d'erreur, confondant ainsi à tort la *condictio indebiti*, qui est effectivement fondée sur l'erreur, avec la *condictio sine causa*, qui ne l'exige pas. Nous ferons, au surplus, remarquer que la question actuelle diffère essentiellement de celles que nous avons examinées au nº 3 du § 342, et résolues par application de la maxime *Nulla est repetitio ab eo qui suum recepit*. Cette maxime, en effet, ne saurait être invoquée par le cessionnaire d'un prix de vente, qui, après éviction de l'immeuble vendu, se trouve détenir sans cause, le prix soldé entre ses mains.

[19] La jurisprudence a fait application de cette règle aux intérêts des sommes payées en vertu d'un traité secret, à titre de supplément de prix d'office. Req. rej., 3 janvier 1849, Sir., 50, 1, 380. Civ. rej., 19 avril 1852, Sir., 52, 1, 449. Civ. cass., 30 janvier 1853, Sir., 53, 1, 349. Angers, 10 décembre 1853, Sir., 54, 2, 529. Civ. rej., 28 mai 1856, Sir., 56, 1, 537. Req. rej., 5 novembre 1856, Sir., 56, 1, 916. Metz, 29 mars 1859, Sir., 59, 2, 540.

CHAPITRE TROISIÈME.

DES DÉLITS.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1382 et 1383. — BIBLIOGRAPHIE. *De l'action publique et de l'action civile*, par Mangin; 2e éd., Paris, 1844, 2 vol. in-8°. *De l'action publique et de l'action civile*, t. II et III, *de l'Inst. crim.*, par Faustin-Hélie. *Traité général de la responsabilité, et de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, par Sourdat; Paris, 1852, 2 vol. in-8°.

§ 443.

Notions générales sur les délits.

Le mot *délit* a, en Droit civil, une signification différente de celle dans laquelle il se prend en Droit criminel[1]. En Droit civil, il désigne toute action illicite par laquelle une personne lèse sciemment et méchamment les droits d'autrui. En Droit criminel, il désigne toute infraction définie et punie par la loi pénale[2].

Les délits civils ne constituent pas tous les délits de Droit criminel; car la loi pénale n'incrimine pas tous les actes qui portent atteinte aux droits d'autrui[3]. Réciproquement, les délits de Droit criminel ne constituent pas tous les délits civils. D'une part, en effet, la loi pénale incrimine des actes qui ne font que menacer ou compromettre le maintien ou l'exercice de certains droits, sans y porter une atteinte actuelle, et sans qu'il en soit résulté aucun dommage matériel ou moral[4]. D'autre part, elle incrimine quelquefois des actes dégagés de toute intention de nuire[5].

[1] Cpr. sur la différence de ces deux significations : Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1481 et suiv. ; Zachariæ, § 443, texte, notes 1 et 2.

[2] Les délits de Droit criminel se divisent en crimes, en délits proprement dits, et en contraventions, selon qu'ils sont punis d'une peine afflictive ou infamante, d'une peine correctionnelle, ou d'une peine de simple police. Code pénal, art. 1.

[3] Ainsi, par exemple, le stellionat n'est pas incriminé par la loi pénale, quoiqu'il soit, en certains cas, un véritable délit civil. Cp. art. 2059. Zachariæ, § 443.

[4] C'est ainsi que la loi pénale punit la simple tentative de crimes ainsi que celle de certains délits, et que, dans un but purement préventif, elle frappe de peines de simple police une foule de contraventions qui, par elles-mêmes, n'entraînent pas nécessairement de dommage. Cpr. Code pénal, art. 2 et 3, 471 et suiv.

[5] Tel est, par exemple, l'homicide commis par imprudence. Code pénal, art. 319 et 320.

Les dispositions de la loi pénale sur les demandes en réparation de dommages causés par des actes qu'elle a incriminés, ne s'appliquent aux délits civils qui ne sont pas en même temps des délits de Droit criminel, qu'autant que le motif sur lequel elles reposent justifie cette extension[6].

§ 444.

Des éléments du délit.

Tout délit consiste dans un fait de l'homme. Ce fait peut être un fait négatif ou d'omission, aussi bien qu'un fait positif ou de commission. Toutefois une personne qui, par quelque omission, a occasionné un dommage à autrui, n'en est responsable, qu'autant qu'une disposition de la loi lui imposait l'obligation d'accomplir le fait omis[1].

Un fait dommageable ne constitue un délit que sous les conditions suivantes :

1° Il faut qu'il soit illicite, c'est-à-dire qu'il ait porté atteinte à un droit appartenant à autrui, et qu'il ne constitue pas, de la part de son auteur, l'accomplissement d'une obligation légale[2], ou l'exercice d'un droit[3]. Tout droit peut être la matière d'un délit ;

[6] Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 à 4, 365 et suiv. ; Code pénal, art. 51 à 55, 468 et 469. Zachariæ, § 443.

[1] Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1489. Marcadé, sur les art. 1382 et 1383, n° 2. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1382 et 1383, n°s 6 et 7. Zachariæ, § 444, texte et note 1. — Toullier (XI, 117), plaçant les fait d'omission sur la même ligne que les faits de commission, enseigne que celui qui, pouvant empêcher une action nuisible, ne l'a pas empêchée, est censé l'avoir commise lui-même. Mais les autorités mêmes que cite cet auteur prouvent que sa proposition est beaucoup trop générale : *Qui non facit quod facere* DEBET, *videtur facere adversus ea quæ non facit.* L. 121, D. *de R. J.* (50, 17).

[2] Ainsi, par exemple, l'accusé acquitté ne peut, sauf dans les cas où il y a lieu à prise à partie, réclamer des dommages-intérêts contre le ministère public. Merlin, *Rép.*, v° Réparation civile, § 2, n° 4.

[3] *Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur.* L. 55, D. *de R. J.* (50, 17). Voy. aussi : L. 15, *eod. tit.* Toullier, XI, 119. Duranton, XIII, 699. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1485 et 1486. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 10. Colmet de Santerre, V, 364 *bis*, II. Zachariæ, § 444, texte et note 13. — On doit décider, par application du principe posé au texte, que l'accusé acquitté, comme ayant agi en état de légitime défense, ne peut être condamné à des

peu importe que ce droit porte sur un objet extérieur, ou qu'il se confonde avec l'existence de la personne à laquelle il appartient [4].

2° Il faut que le fait soit imputable à son auteur, c'est-à-dire qu'il puisse être considéré comme le résultat d'une libre détermination de sa part.

Il suit de là que l'insensé et l'enfant encore privé de tout discernement sont dans l'impossibilité de commettre un délit, et ne sont pas, même civilement, responsables des dommages qu'ils causent [5], sauf, bien entendu, la responsabilité des personnes sous la garde desquelles ils se trouvent [6].

Mais le mineur en âge de discernement et l'individu pourvu d'un conseil judiciaire sont responsables des délits qu'ils commettent [7]. D'un autre côté, l'ivresse n'est pas un motif d'excuse [8].

3° Il faut enfin que l'auteur du fait ait agi sciemment et dans

dommages-intérêts envers la partie civile. Mangin, *De l'action publique*, II, 433. Civ. cass., 19 décembre 1817, Sir., 18, 1, 170. Rennes, 25 avril 1836, Sir., 37, 2, 271. Cpr. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, I, p. 281. Voy. en sens contraire : Cour d'assises de l'Aveyron, 13 novembre 1835, Sir., 36, 2, 357.

[4] C'est ainsi, par exemple, que l'honneur et la réputation d'une personne peuvent être la matière d'un délit.

[5] Pothier, *Des obligations*, n° 118. Delvincourt, III, p. 452. Favard, *Rép.*, v° Délit, n° 1. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1525 et 1526. Rivière, *Revue de législation*, 1846, I, p. 304. Marcadé sur les art. 1382 et 1383, n° 1. Sourdat, I, 16 et 416. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n°s 20 et 21. Colmet de Santerre, V, 364 *bis*, III. Labbé, *Revue critique*, 1870, XXXVII, p. 109. Zachariæ, § 444, notes 2 et 3. Caen, 2 décembre 1853, Sir., 54, 2, 385. Agen, 9 novembre 1864, Sir., 65, 2, 230. Req. rej., 14 mai 1866, Sir., 66, 1, 237. Aix, 7 décembre 1866, Sir., 67, 2, 263. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Blessé, § 3, n° 4, v° Démence, § 2, n°s 3 et 4 ; Carnot, *Code pénal*, sur l'art. 64, n° 3 ; Legraverend, *Instruction criminelle*, I, p. 462 ; Montpellier, 31 mai 1866, Sir., 66, 2, 359. — Il est bien entendu que, si un homme, habituellement en démence, avait commis un délit dans un intervalle lucide, il serait obligé à réparer le tort qui en serait résulté, encore que son interdiction eût été antérieurement prononcée. L'art. 502 serait sans application en pareil cas.

[6] Cpr. art. 1384 ; Code pénal, art. 475, n° 7 ; § 447.

[7] Art. 1310, et arg. de cet article. *Exposé de motifs*, par Treilhard (Locré, *Lég.*, XIII, p. 31, n° 10). Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n°s 22 et 23.

[8] Pothier, *op. cit.*, n° 119. Sourdat, I, 19 et 418. Larombière, *op. cit.*, art. 1382 et 1383, n° 23.

l'intention de nuire à autrui. C'est par ce caractère que les délits (*facta dolosa*) diffèrent des simples quasi-délits (*facta culposa*)[9].

§ 445.

De l'obligation de réparer le dommage occasionné par un délit.

Tout délit[1] engendre l'obligation de réparer le dommage qui en est résulté pour autrui.

Le dommage comprend toujours la perte et le manque de gain que le délit a occasionnés à une personne (*damnum emergens et lucrum cessans*). Il comprend en outre, du moins lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, le tort moral que le délit a fait éprouver à la personne lésée, soit en la troublant dans sa sûreté personnelle ou dans la jouissance de son patrimoine, soit en la blessant dans des affections légitimes[2].

L'obligation de réparer le dommage causé par un délit existe, non-seulement envers celui que le délit a frappé directement, mais envers toute personne qui en a souffert, même d'une manière indirecte[3].

[9] Les développements donnés au présent paragraphe et au paragraphe précédent sur la nature des délits et le caractère qui les distingue des quasi-délits, s'écartent, sous plus d'un rapport, des principes du Droit romain. Mais ils sont conformes aux idées reçues dans l'ancien Droit français, qui ont été suivies par les rédacteurs du Code Napoléon. Pothier, *Des obligations*, n°s 116 et 121. Treilhard, *Exposé de motifs*, et Bertrand de Greuille, *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 31, n° 9, p. 41, n° 9). Toullier, XI, 113. Proudhon, *op. cit.*, III, 1482. Duranton, XIII, 699. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 3. Colmet de Santerre, V, 364 *bis*, IV. — D'après Zachariæ (§ 446, texte et note 2), l'expression *délits* comprendrait tous les faits illicites ayant causé dommage à autrui, qu'ils aient été commis avec ou sans intention de nuire ; et le terme *quasi-délit* devrait être restreint aux cas de responsabilité prévus par les art. 1384, 1385 et 1386.

[1] Les blessures faites en duel donnent ouverture à une action en dommages-intérêts au profit du blessé ou de sa famille, lors même qu'il a été le provocateur. Quand il serait vrai que le duel ne constitue pas un délit selon la loi pénale, ce que nous sommes loin d'admettre, il constituerait assurément un délit dans le sens du Droit civil. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1382 et 1383, n° 31. Zachariæ, § 444, note 11. Civ. rej., 29 juin 1827, Sir., 27, 1, 463. Req. rej., 30 juin 1836, Sir., 36, 1, 732. Bordeaux, 5 avril 1852, Sir., 52, 2, 421. Cpr. Rauter, *Cours de législation criminelle*, II, 444.

[2] Arg. Code pénal, art. 51 et 117. Rauter, *op. et loc. citt.*

[3] Arg. Code d'instruction criminelle, art. 1, al. 2. Rauter, *op. et loc. citt.*

De la combinaison de ces deux propositions il suit, entre autres, que le mari et les parents ont une action personnelle en dommages-intérêts, à raison des injures faites à sa femme ou à leurs enfants[4], et que le fils dont le père a été victime d'un homicide a, de son propre chef, et non pas seulement en qualité d'héritier de ce dernier, droit à des dommages-intérêts, quoique son entretien fût, pour lui, une charge dont il se trouve désormais affranchi[5].

L'obligation de réparer le dommage causé par un délit, pèse solidairement sur tous ceux qui y ont participé, comme auteurs principaux ou comme complices, lors même qu'il s'agit d'un fait qui n'est pas incriminé par la loi pénale[6]. Il en résulte que l'action en réparation d'un délit reprochable à plusieurs personnes, peut être intentée contre l'une d'elles seulement[7].

La réparation du dommage, soit matériel, soit moral, causé par un délit, se résout en une indemnité pécuniaire[8], sauf, en outre, s'il y a lieu, la restitution de l'objet qui a fait la matière du délit.

Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, IX, p. 279. Zachariæ, § 444, texte et note 12. Crim. rej., 20 février 1863, Sir., 63, 1, 321. Lyon, 18 mars 1865, Sir., 65, 2, 258.

[4] Rauter, *op. cit.*, II, 686. Cpr. Colmar, 3 mars 1810, Sir., 10, 2, 233. Voy. cep. en sens contraire : Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture, et de la presse*, II, p. 72.

[5] Rauter, *op. cit.*, I, 133. Faustin-Hélie, II, p. 353 et suiv.

[6] On a voulu conclure, par argument *a contrario*, de l'art. 55 du Code pénal, combiné avec l'art. 1202 du Code Napoléon, qu'il n'existe pas de solidarité entre les auteurs et les complices d'un délit civil ou d'un quasi-délit. Voy. Marcadé, sur les art. 1382 et 1383, n° 4 ; Zachariæ, § 445. Mais cette conclusion est erronée. Cpr. § 298 *ter*, texte n° 1, et notes 15 à 16. Aux arrêts cités à la note 16, *adde* : Civ. rej., 14 août 1867, Sir., 67, 1, 401 ; Civ. rej., 30 juin 1869, Sir., 69, 1, 469.

[7] Larombière, *op. cit.*, art. 1203, n° 5. Civ. cass., 23 août 1869, Sir., 69, 1, 395.

[8] Il en est ainsi, lors même que le dommage causé par un délit, ne constitue qu'un tort purement moral. Notre Droit n'admet, en général, d'autre réparation qu'une indemnité pécuniaire. Ainsi, le juge ne peut, même au cas de délit d'injures, ordonner ce qu'on appelle une réparation d'honneur, à moins que la loi ne l'y autorise formellement. Cpr. Code pénal, art. 226 et 227. Rauter, *op. cit.*, 1, 133. Merlin, *Rép.*, v° Réparation d'honneur ; et *Quest.*, v° Réparation d'injures. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 27.

La fixation du montant de cette indemnité est, en général, abandonnée à l'arbitrage des tribunaux [9].

Les art. 1146, 1150, 1151 et 1153 sont inapplicables aux dommages-intérêts réclamés à raison d'un délit. Il en résulte, par exemple [10], que les juges peuvent, en pareille matière, allouer, à titre de dommages-intérêts, les intérêts des condamnations qu'ils prononcent, à partir, non pas seulement du jour de la demande, mais du jour même du délit [11].

Les condamnations qui accordent de pareilles indemnités sont, quel qu'en soit le montant, exécutoires par voie de contrainte par corps contre l'auteur et les complices du délit [12], lorsqu'elles sont prononcées à raison d'un fait incriminé par la loi pénale [13]. Il en est ainsi, alors même que le jugement a été rendu par un tribunal civil. Loi du 22 juillet 1867, art. 5. Quant aux condamnations prononcées à raison d'un délit civil, qui n'est pas en même temps un délit de Droit criminel, elles ne sont pas exécutoires par cette voie [14].

L'action en dommages-intérêts naissant d'un délit, peut être formée contre les héritiers et successeurs universels des auteurs et complices de ce délit. Code d'inst. crim., art. 2, al. 2.

D'un autre côté, elle passe activement aux héritiers et succes-

[9] Code pénal, art. 51, et arg. de cet article. Larombière, *op. et loc. citt.* Zachariæ, § 445, texte *in principio*. Crim. cass., 19 mars 1825, Sir., 25, 1, 223. Cpr. cep. Code pénal, art. 117 et 119 ; Code forestier, art. 202 ; § 447, nº 7.

[10] Voy. une autre conséquence du principe posé au texte dans l'arrêt suivant : Req. rej., 4 janvier 1865, Sir., 65, 1, 479.

[11] Crim. rej., 19 mars 1825, Sir., 25, 1, 323. Civ. rej., 30 janvier 1826, Sir., 27, 1, 234. Req. rej., 8 août 1832, Sir., 32, 1, 741. Req. rej., 10 décembre 1835, Sir., 36, 1, 327. Req. rej., 28 décembre 1853, Sir., 54, 1, 433. Crim. rej., 1er mai 1857, Sir., 57, 1, 712. Civ. rej., 30 novembre 1858, Sir., 59, 1, 251. Req. rej., 13 août 1863, Sir., 63, 1, 473. Req. rej., 8 février 1864, Sir., 65, 1, 227. Civ. rej., 23 août 1864, Sir., 65, 1, 177. Req. rej., 31 mai 1865, Sir., 66, 1, 166.

[12] Leurs héritiers, et les personnes civilement responsables du délit, ne sont pas contraignables par corps. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, nº 54.

[13] Code pénal, art. 52 et 469. Loi du 22 juillet 1867, art. 2 et 4.

[14] De pareilles condamnations pouvaient autrefois être rendues exécutoires par voie de contrainte par corps, en vertu de dispositions spéciales de la loi, ou par application de l'art. 126, nº 1, du Code de procédure. Mais il n'en est plus de même depuis la loi du 22 juillet 1867, qui a supprimé la contrainte par corps en matière civile.

seurs universels de l'individu lésé. Sous ce dernier rapport cependant, il convient de distinguer. Si la règle qui vient d'être posée s'applique à tous les délits de Droit civil, et même aux délits de Droit criminel contre les propriétés, elle ne s'étend aux délits de Droit criminel contre les personnes, qu'autant qu'il en est résulté un préjudice matériel. Que s'il s'agit de délits contre les personnes qui n'aient occasionné qu'un tort moral, comme, par exemple, d'injures ou de diffamation, l'action civile ne passe aux héritiers et successeurs universels, que lorsqu'elle a été introduite par le défunt.

L'action en dommages-intérêts ne se prescrit, en général, que par trente ans[15]. Art. 2262.

Toutefois, lorsque cette action est fondée sur un fait incriminé par la loi pénale, elle se prescrit au bout du même laps de temps que l'action publique, qui a pour objet l'application de la peine encourue par l'auteur de ce fait[16]. Il en est ainsi, alors même que l'action civile, exercée séparément de l'action publique, est portée devant les juges civils[17], et quelle que soit d'ailleurs la qualifica-

[15] Cpr. sur ces diverses propositions : Faustin-Hélie, II, p. 353 à 369 ; Montpellier, 22 décembre 1825, Sir., 26, 2, 193. — Les créanciers de l'individu lésé par un délit peuvent-ils exercer en son nom l'action en dommages-intérêts qui lui compète ? Voy. § 312, texte n° 2, notes 38 et 46.

[16] Code d'instruction criminelle, art. 2, al. 3, art. 637, 638 et 640. Cpr. § 774. — La règle posée au texte s'applique même aux délits prévus par des lois spéciales, tels que les délits ruraux et forestiers, de chasse et de pêche. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 643.

[17] Que l'action en dommages-intérêts soit portée devant les tribunaux civils ou devant les tribunaux de justice répressive, elle est toujours la même quant à son fondement et quant à son objet, et doit dès lors rester soumise à la même prescription. Merlin, *Rép.*, v° Prescription, sect. III, § 4, n° 5, *in fine*. Toullier, XI, 292. Duranton, XXI, 102. Mangin, II, 363. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, I, 299. Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, III, p. 792 et suiv. Joccotton, *Revue de droit français et étranger*, 1849, VI, p. 145. Chassan, *Délits de la parole et de la presse*, II, 1368. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 595. Sourdat, I, 378, et II, 807. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 48. Colmet de Santerre, V, 364 *bis*, VI. Civ. cass., 3 août 1841, Sir., 41, 1, 753. Civ. cass., 29 avril 1846, Sir., 46, 1, 413. Bordeaux, 31 juillet 1848, Sir., 49, 2, 81. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 433. Lyon, 30 janvier 1854, Sir., 54, 2, 303. Civ. rej., 21 novembre 1854, Sir., 54, 1, 725. Bourges, 26 mars 1855, Sir., 55, 2, 305. Paris, 5 mai 1860, Sir., 60, 2, 405. Colmar, 6 mars 1863, Sir., 63, 2, 101. Aix, 9 juin 1864, Sir., 64, 2, 196. Nîmes,

tion donnée par le demandeur aux faits qui servent de base à son action, si ces faits présentent en réalité les caractères d'une infraction incriminée par la loi pénale [18], et que ces caractères ne se trouvent point écartés ou purgés par un arrêt ou jugement d'acquittement [19]. Les actes de poursuite faits à la requête du ministère public interrompent, en pareil cas, la prescription de l'action civile, tout aussi bien que celle de l'action publique, de telle sorte que si, sur cette dernière action, il est intervenu un jugement de condamnation, la prescription de la première ne recommencera à courir qu'à partir de ce jugement. Mais cette prescription ne subira, par là, aucune modification quant à sa durée, et le jugement portant application de la peine ne la transformera pas en prescription trentenaire, s'il n'a pas en même temps statué sur les intérêts civils [20].

Du reste, la règle d'après laquelle l'action civile se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, ne s'applique qu'à l'action civile proprement dite, c'est-à-dire à l'action qui, exclusivement fondée sur le droit de demander la réparation d'un dommage causé par un crime, par un délit, ou par une contravention, a pour objet unique la réparation de ce dommage. Elle est étrangère aux actions en restitution, en répétition, ou même en dommages-intérêts, dérivant d'un droit préexistant au délit, et indépendant de l'obligation de réparation auquel le délit a pu donner nais-

19 décembre 1864, Sir., 65, 2, 46. Colmar, 26 février 1867, Sir., 67, 2, 354. Cpr. aussi les arrêts cités à la note suivante. Voy. en sens contraire : Riom, 28 juin 1841, Sir., 41, 2, 587.

[18] Le tribunal civil devant lequel est formée la demande en dommages-intérêts, étant juge de l'exception de prescription qui y est opposée, se trouve nécessairement investi du pouvoir d'apprécier et de qualifier les faits qui servent de fondement à la demande, pour décider s'il y a lieu d'admettre ou de rejeter le moyen de prescription. Bordeaux, 31 juillet 1848, Sir., 49, 2, 81. Lyon, 30 janvier 1854, Sir., 54, 2, 303. Civ. rej., 21 novembre 1854, Sir., 54, 1, 725. Cpr. Req. rej., 26 mars 1829, Sir., 29, 1, 161 ; Req. rej., 17 décembre 1839, Sir., 40, 1, 454.

[19] Paris, 24 mars 1855, *Gazette des Tribunaux* du 1er juin 1855.

[20] Mangin, II, 355. Joccotton, *op. et loc. citt.* Vazeille, *Des prescriptions*, II, 595. Trébutien, *Cours de Droit criminel*, II, p. 161. Civ. cass., 3 août 1841, Sir., 41, 1, 753. Lyon, 17 juin 1842, Sir., 43, 2, 343. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 434. Civ. cass., 6 mars 1855, Sir., 55, 1, 333. Voy. en sens contraire : Labroquère, *Revue critique*, 1861, XIX, p. 166 ; Nîmes, 27 mars 1833, Sir., 33, 2, 243.

sance. Ces actions ne s'éteignent que par la prescription du Droit civil[21]. C'est ainsi que l'action en restitution d'objets confiés, ou de sommes reçues à titre de dépôts, de louage, ou de mandat dure trente ans, alors même que ces objets ou ces sommes auraient été frauduleusement détournés par le dépositaire, le locataire ou le mandataire[22]. Il en est de même de l'action, dirigée contre un receveur de deniers publics ou communaux, en répétition de sommes par lui indûment perçues, alors même que le fait de perception constituerait une concussion[23]. Enfin, on doit également décider que l'action du propriétaire en restitution d'une chose qui lui a été soustraite, ne se prescrit que par trente ans à l'égard de l'auteur de la soustraction, encore que cette dernière présente tous les caractères d'un vol[24].

21 La circonstance qu'une action, fondée sur un droit préexistant à un délit, est exercée à la suite ou à l'occasion de ce délit, ne saurait avoir pour effet d'en altérer la nature, et d'abréger le temps de la prescription à laquelle elle est soumise. Rauter, *op. cit.*, I, 135, II, 853. Duranton, XIII, 707, et XXI, 102. Mangin, II, 637. Sourdat, I, 376. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 587 et suiv. Faustin-Hélie, *Inst. crim.*, III, 794. Bertauld, *Code pénal*, p. 572. Trébutien, *op. cit.*, II, p. 159. Labroquère, *op. cit.*, p. 165. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 49. Colmet de Santerre, V, 364 *bis*, VII. Civ. cass., 28 août 1855, Sir., 56, 1, 37. Paris, 5 mai 1860, Sir., 60, 2, 405. Civ. cass., 5 mai 1863, Sir., 63, 1, 301.

22 Req. rej., 23 janvier 1822, Sir., 22, 1, 316. Paris, 25 mars 1825, Sir., 27, 2, 7. Req. rej., 16 avril 1845, Sir., 45, 1, 494. Civ. rej., 27 août 1867, Sir., 68, 1, 117.

23 Req. rej., 7 juillet 1829. Sir., 29, 1, 319.

24 Vainement invoquerait-on, en sens contraire, la maxime *En fait de meubles, possession vaut titre*, et dirait-on que la revendication d'une chose mobilière n'étant admise qu'au cas de perte ou de vol, et la soustraction frauduleuse ne pouvant plus être établie à raison de la prescription édictée par le Code d'instruction criminelle, le propriétaire se trouve privé de toute action pour réclamer sa chose. Nous croyons en effet avoir démontré (§ 183, note 29) que si, en fait de meubles, la revendication n'est pas admise, même contre un possesseur de mauvaise foi, ce dernier n'en reste pas moins soumis, en vertu de l'art. 1382, à une action personnelle en restitution. Or, la preuve de la mauvaise foi du possesseur n'emporte pas nécessairement contre lui l'imputation d'une soustraction frauduleuse; et si, pour se placer sous la protection de la prescription de l'action civile naissant du délit, il venait lui-même s'accuser de vol, son exception devrait être repoussée par application de la maxime *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Duranton, XIII, 707. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 50. Cpr. Paris, 21 mars 1855, Sir., 55, 2, 391. Voy.

L'action en dommages-intérêts naissant d'un délit, même de Droit criminel, s'éteint par la renonciation des parties intéressées. Art. 2046 et arg. de cet article. Code d'inst. crim., art. 4. Mais il est bien entendu que la renonciation de la personne directement lésée par un crime ou par un délit, ne forme aucun obstacle à l'exercice de l'action qui peut appartenir à son époux ou à ses parents, de leur propre chef[25].

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES QUASI-DÉLITS, ET DES CAS DE RESPONSABILITÉ QUI Y SONT ASSIMILABLES.

SOURCES. *Code Napoléon*, art. 1382 à 1386. — BIBLIOGRAPHIE. Voy. les ouvrages cités en tête du chapitre troisième.

I. *Des quasi-délits proprement dits.*

§ 446.

Un quasi-délit est un fait, de commission ou d'omission, par lequel on porte préjudice à autrui, mais sans avoir l'intention de nuire. Dans cette matière, comme dans celle des délits, une simple omission ne donne lieu à responsabilité, qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis[1].

Les développements donnés, aux n°s 1 et 2 du § 444, sur les éléments constitutifs des délits, s'appliquent également aux quasi-délits. On ne peut donc attribuer le caractère de quasi-délits, ni à des actes qui rentrent dans l'exercice d'un droit ou dans l'accomplissement d'une obligation légale, ni à des actes qui ne sont pas imputables à leur auteur, soit parce que ce dernier ne jouissait pas de l'usage de ses facultés intellectuelles, soit parce que ces actes ont été le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure[2].

en sens contraire : Vazeille, *Des prescriptions*, II, 589 ; Bordeaux, 15 avril 1829, Sir., 29, 2, 217. Cpr. aussi : Bordeaux, 31 juillet 1848, Sir., 49, 2, 81.

[25] Cpr. Req. rej., 5 mai 1818, Sir., 19, 1, 162.

[1] Cpr. § 444, texte et note 1re.

[2] Zachariæ, § 444, texte et note 9. Il est bien entendu qu'il y aurait lieu à responsabilité, si le cas fortuit ou de force majeure avait été précédé de quelque faute, sans laquelle il n'eût pas entraîné de résultats nuisibles pour autrui. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Couvreur.

Du reste, un fait, même nuisible à autrui et imputable à son auteur, ne constitue un quasi-délit, qu'autant qu'il y a eu, de la part de ce dernier, soit faute positive, soit tout au moins négligence ou imprudence. Art. 1382 et 1383. Il résulte de là, que les faits articulés par le demandeur doivent être de nature à faire ressortir, à la charge du défendeur, une faute, une imprudence, ou une négligence[3]. Il en résulte encore qu'on ne peut considérer comme quasi-délit, un fait qui n'a porté préjudice à autrui, que par suite d'une faute imputable à la personne même qui a éprouvé ce préjudice[4]. Lorsqu'il y a eu faute, tant de la part de l'auteur d'un fait, que de la part de celui auquel ce fait a causé dommage, la question de savoir s'il y a lieu à responsabilité, et la fixation de la part d'indemnité qui peut être due, restent abandonnées à l'arbitrage du juge[5].

Tout quasi-délit engendre l'obligation de réparer le dommage qui en est résulté pour autrui. Art. 1382 et 1383. Cette obligation est, en général, régie par les mêmes principes que celle qui naît d'un délit de Droit civil[6].

Les dispositions des art. 1382 et 1383 sont étrangères aux fautes commises dans l'exécution d'un engagement contractuel, ou d'une obligation naissant d'un quasi-contrat[7].

[3] Cette règle s'applique au dommage causé par un incendie, comme à tout autre dommage, lorsque l'action en réparation est dirigée contre une personne qui n'était pas soumise à l'obligation de veiller à la conservation de la chose, et à laquelle on ne saurait dès lors imputer aucune faute contractuelle. L'art. 1733 ne forme pas exception à cette règle. Cpr. § 367, texte n° 3, notes 21, 31 et 32.

[4] *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* L. 203, D. *de R. J.* (50, 17). Zachariæ, § 444, texte et note 10. Ainsi, celui qui, en jetant quelque chose de sa maison sur un terrain qui lui appartient, et qui n'est soumis à aucune servitude de passage, blesse par hasard un étranger qui s'y trouve sans permission, ne commet pas un quasi-délit. Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1487. Cpr. L. 31 *in fine*, D. *ad. leg. aquil.* (9, 2) ; Code pénal, art. 471, n° 12.

[5] Zachariæ, § 444, note 11. Cpr. Turin, 26 août 1809, Sir., 10, 2, 138 ; Bourges, 28 août 1832, Sir., 34, 2, 38.

[6] Cpr. § 445.

[7] Larombière, *op. cit.*, V, art. 1382 et 1383, n° 8. Zachariæ, § 444, note 4. La responsabilité qui peut naître de pareilles fautes, se détermine d'après les principes qui régissent le contrat ou le quasi-contrat de l'exécution duquel il s'agit. Il convient, toutefois, de remarquer que les fautes commises dans l'exécution d'une convention, peuvent quelquefois dégénérer en délits de Droit criminel ; et, dans ces cas, les art. 1382 et suivants sont évidemment applicables.

Mais elles doivent être appliquées, sauf les modifications résultant de dispositions spéciales, aux fautes que les fonctionnaires publics et les officiers ministériels commettent dans l'exercice de leurs fonctions, en n'accomplissant que d'une manière irrégulière les obligations légales qui leur sont imposées[8], ainsi qu'à celles dont les médecins, chirurgiens, pharmaciens, officiers de santé et sages-femmes se rendent coupables dans la pratique de leur art[9].

On peut assimiler aux quasi délits, les cas dans lesquels une personne est responsable du dommage causé, soit par d'autres personnes, soit par des animaux ou des choses qui lui appartiennent ou qui sont confiés à sa garde. Cette responsabilité, en effet, repose sur une présomption légale de faute de la part des personnes qui y sont soumises[10].

II. *Des cas de responsabilité.*

§ 447.

a. ***Des cas dans lesquels une personne est, en vertu de dispositions spéciales de la loi, responsable du dommage causé par d'autres personnes.***

1° Le père et, après son décès[1], la mère, sont responsables

[8] Cpr. sur la responsabilité : — 1° Des juges et officiers du ministère public; Code Napoléon, art. 4 et 3063; Code de procédure, art. 15, 505 et suiv. : Code d'instruction criminelle, art. 77, 112, 164, 271 et 415.—2° Des officiers de l'état civil : art. 51 et 52 ; § 62, texte *in fine.* — 3° Des conservateurs des hypothèques : art. 2108, 2197, 2198 et 2202 ; § 268. — 4° Des notaires : Loi du 25 ventôse, art. 16, 18 et 68. — 5° Des avoués : Code de procédure, art. 1031. — 6° Des huissiers : même Code, art. 1031, et décret du 14 juin 1813, art. 45.

[9] Crim. rej., 18 septembre 1817, Sir., 18, 1, 115. Angers, 1er avril 1833, et Paris, 5 juillet 1833, Sir., 33, 1, 401. Metz, 21 mai 1867, Sir., 68, 2, 106. Dijon, 14 mai 1688, Sir., 69, 2, 12. Voy. aussi, sur la responsabilité des architectes et entrepreneurs de constructions : § 374, texte n° 2, et notes 21 et 22.

[10] Arg. art. 1384, al. 5. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 1. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 1. Colmet de Santerre, V, 365. Zachariæ, § 446, texte et note 3.

[1] On doit, sous ce rapport, assimiler au décès du père, son absence déclarée ou présumée, et le cas où il se trouve en état de démence ou d'interdiction légale. Art. 141 et arg. de cet art. Cpr. § 160, texte et note 3 ; § 550, texte *in principio*. Duranton, XIII, 716. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 2. Larombière, *Des obligations*, V, art. 1384, n° 3. — Toullier (XI, 279 et 281) pense même

du dommage causé par leurs enfants mineurs, habitant avec eux[2]. Art. 1384, al. 2.

L'émancipation tacite qui résulte du mariage, fait cesser la responsabilité des père et mère[3]. Mais il n'en est pas de même de l'émancipation expresse, alors du moins que l'enfant émancipé continue à habiter avec ses parents, et reste ainsi placé sous leur autorité morale[4].

La responsabilité des père et mère, en ce qui concerne le dommage causé par leur enfant mineur habitant avec eux, reste engagée, bien que cet enfant se trouve momentanément confié à la surveillance d'une autre personne, par exemple, d'un maître d'école[5], sauf seulement leur recours contre ce dernier, s'il s'était rendu coupable de quelque négligence ou imprudence de nature à justifier ce recours.

Mais la responsabilité des parents cesse, du moins en général[6],

que le mari qui, en entreprenant un voyage, a laissé son enfant sous la garde et la surveillance de sa femme, cesse d'être, pendant ce voyage, responsable des actes de l'enfant, et que la responsabilité de ces actes pèse sur la mère seule. Voy. également dans ce sens : Marcadé et Larombière, *locc. citt.*, Nîmes, 20 mai 1858, Sir., 58, 2, 430. Le texte et l'esprit de l'art. 1384 nous paraissent repousser cette opinion. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, I, p. 451. Req. rej., 16 août 1841, Sir., 41, 1, 751.

[2] Il ne faut pas prendre ces termes au pied de la lettre. Il est, en effet, hors de doute que la responsabilité des parents continue de subsister, lorsqu'ils laissent leurs enfants se livrer à une vie vagabonde, et même lorsque, en les envoyant faire leurs études dans une autre ville que celle qu'ils habitent, ils les abandonnent à eux-mêmes.

[3] En effet, l'enfant, en se mariant, ou devient lui-même chef de famille, ou passe sous l'autorité maritale. Et il n'y a pas de reproche à faire au père ou à la mère d'avoir consenti au mariage de leur enfant, lorsque l'occasion de l'établir s'est présentée. Toullier, XI, 277. Duranton, XIII, 715. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 2. Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n° 4. Colmet de Santerre, V, 365 *bis*, II.

[4] *Non obstat* art. 372 : L'émancipation d'un enfant, qui n'est pas digne de ce bienfait, est un acte tout au moins inconsidéré ; et il ne peut pas dépendre des parents de s'affranchir, par un pareil acte, de la responsabilité que la loi leur impose. Duranton, Marcadé, Larombière et Colmet de Santerre, *locc. citt.* Voy. en sens contraire : Toullier, *loc. cit.*

[5] Req. rej., 29 décembre 1831, Sir., 33, 1, 655. Voy. cep. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 17.

[6] Nous disons *du moins en général*, car il pourrait en être autrement suivant les circonstances, par exemple, si le dommage avait été causé peu de temps

lorsque l'enfant a été placé en condition, en apprentissage, ou dans un établissement d'instruction, comme interne, demi-pensionnaire, ou externe surveillé, et qu'il est ainsi passé, d'une manière plus ou moins permanente, sous la surveillance et l'autorité d'une autre personne [7]. Il en serait de même, à plus forte raison, si l'enfant était entré au service militaire, même comme engagé volontaire [8].

En cas de séparation de corps, la responsabilité pèse sur celui des époux auquel a été confiée la garde de l'enfant qui a commis le fait dommageable [9].

Les père et mère d'un enfant naturel reconnu, sont à cet égard soumis aux mêmes obligations que les parents légitimes [10].

Le tuteur y est également soumis, en ce qui concerne les actes du pupille [11].

après l'entrée de l'enfant chez le maître ou dans l'établissement d'instruction, et que le fait dommageable pût être attribué à la mauvaise éducation qu'il aurait reçue dans la maison paternelle. Toullier, XI, 263. Aix, 11 juin 1859, Sir., 60, 2, 193. Cpr. décret du 15 novembre 1811, sur le régime de l'université, art. 79.

[7] Delvincourt, III, p. 454. Duranton, XIII, 718. Sourdat, II, 817 et 818. Larombière, *op. cit.* V, art. 1384, n° 2. Metz, 13 novembre 1833, Sir., 36, 2, 224. Bordeaux, 9 février 1839, Sir., 39, 2, 499. Agen, 23 janvier 1869, Sir., 69, 2, 253.

[8] Duvergier, sur Toullier, XI, 259. Sourdat, II, 621. Cpr. cep. Colmar, 30 août 1863, Sir., 63, 2, 136.

[9] Vazeille, *Du mariage*, II, 427. Marcadé, *loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 3. Zachariæ, § 447, texte et note 2.

[10] Duranton, XIII, 717. Marcadé et Larombière, *locc. citt.* Zachariæ, § 447, note 2, *in fine*.

[11] C'est ce qu'enseigne Pothier (*Des obligations*, I, 121) ; et nous n'hésitons pas à adopter son opinion, quoique le Code ne l'ait pas expressément consacrée, et que les dispositions de l'art. 1384 ne doivent point, en général, être étendues par voie d'analogie. Le tuteur jouit sur la personne du mineur d'une autorité à peu près semblable à celle des parents. Cpr. art. 450 et 468. On doit, par conséquent, le leur assimiler, en ce qui concerne la responsabilité des actes du pupille, sauf à accueillir avec plus de facilité l'excuse qu'il voudrait tirer de la circonstance qu'il n'a pu les empêcher. En tous cas, il serait impossible de ne pas placer le tuteur sur la même ligne que les instituteurs. Voy. également dans ce sens : l'art. 79 du décret du 15 novembre 1811 sur le régime de l'université ; et l'art. 28 de la loi du 3 mai 1844 sur la police de la chasse. Duranton, XIII, 719. Marcadé, *loc. cit.* Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n° 6. Zachariæ, § 447, note 7. Cpr. Colmar, 14 juin 1830, Sir., 30, 2, 334. Voy. en sens contraire : Colmet de Santerre, V, 365 *bis*, IV.

Les parents et le tuteur, actionnés en responsabilité, sont admis, pour se soustraire à la condamnation provoquée contre eux, à prouver qu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher le fait en raison duquel ils ont été recherchés. Art. 1384, al. 5. Mais cette impossibilité ne résulte pas de la seule circonstance que l'acte dommageable a eu lieu hors de leur présence. Ils n'en restent pas moins responsables, malgré cette circonstance, s'il paraît qu'ils n'ont pas exercé une surveillance assez active sur l'enfant, ou qu'ils ne se sont pas attachés avec assez de soin à réprimer ses mauvais penchants [12]. Au surplus, les parents et le tuteur ne peuvent, par aucun moyen, décliner la responsabilité d'un dommage qui ne serait pas arrivé sans une faute ou une négligence de leur part. D'un autre côté, lorsqu'ils ont autorisé le fait à l'occasion duquel le dommage a été causé, ils en sont responsables, bien que ce fait fût en soi irrépréhensible, et qu'il n'y ait pas eu de leur part imprudence à l'autoriser [13].

2° Les maîtres et commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés, bien que ces derniers aient agi de leur propre mouvement, sans ordre ni instructions de leurs maîtres ou commettants [14]. Art. 1384, al. 3 [15].

L'État, représenté par les divers ministères et administrations ou régies publiques, est, comme tout commettant, responsable des dommages causés par ses employés, agents, ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service [16].

12 Toullier, XI, 264. Duranton, XIII, II, 718. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 2. Sourdat, II, 834. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 24. Zachariæ, § 447, texte et note 6. Bourges, 9 mars 1821. Sir., 22, 2, 238. Crim. rej., 29 mars 1827, Sir., 28, 1, 373. Bordeaux, 1er avril 1829, Sir., 29, 2, 259. Lyon, 30 mars 1854, Sir., 54, 2, 331. Nîmes, 13 mars 1855, Sir., 55, 2, 384. Aix, 11 juin 1859, Sir., 60, 2, 193. Cpr. Toulouse, 7 décembre 1832, Sir., 33, 2, 620 ; Agen, 21 février 1866, Sir., 66, 2, 277.

13 Caen, 2 juin 1840, Sir., 40, 2, 538.

14 Toullier, XI, 284. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 8. Civ. cass., 20 avril 1813, Sir., 13, 1, 350. Req. rej., 13 décembre 1826, Sir., 27, 1, 232. Crim. cass., 3 décembre 1846, Sir., 47, 1, 302. Req. rej., 5 novembre 1855, Sir., 57, 1, 375.

15 Cpr. sur la responsabilité des maîtres de poste : arrêté du 1er prairial an VII, art. 6.

16 Ce principe est constant. Il a même été consacré par des dispositions législatives spéciales. Loi des 6-22 août 1791, sur les douanes, tit. XIII, art. 19.

Il en est même des départements[17] et des communes. C'est ainsi notamment, qu'une commune est responsable des actes faits par son maire en qualité d'administrateur ou de mandataire de la commune, peu importe qu'il ait agi avec ou sans l'autorisation du conseil municipal[18].

Les maîtres et commettants sont responsables, non-seulement au regard des tiers, mais encore vis-à-vis de leurs ouvriers ou préposés, du dommage causé par l'un d'eux à un autre, dans l'exécution du travail qui leur était confié en commun[19].

Au contraire, ils ne répondent pas, en général, et à moins d'une faute ou d'une imprudence qui leur soit personnellement imputable[20], des accidents arrivés à leurs ouvriers ou

Loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer, art. 22, al. 2. Req. rej., 27 juin 1832, Sir., 32, 1, 638. Paris, 25 janvier 1833, Sir., 33, 2, 410. Req. rej., 30 janvier 1833, Sir., 33, 1, 90. Paris, 3 mars 1834, Sir., 34, 2, 85. Décret en Conseil d'État du 28 août 1857. Sir., 58, 2, 652. Décret en Conseil d'État du 14 août 1862, Sir., 62, 2, 570. Décret en Conseil d'État du 30 mars 1867, Sir., 68, 2, 138. Voy. spécialement en ce qui concerne la responsabilité de l'administration des postes : Civ. rej., 1er mars 1845, Sir., 45, 1, 363. Colmar, 25 janvier 1848, Sir., 49, 2, 345 ; Req. rej., 22 novembre 1848, Sir., 48, 1, 700 ; Crim., cass., 12 janvier 1849, Sir., 49, 1, 43 ; Paris, 6 août 1850, Sir., 50, 2, 404 ; Req. rej., 12 mai 1851, Sir., 51, 1, 349. Mais la question de compétence a soulevé de sérieuses difficultés. D'après la jurisprudence du Conseil d'État, ce serait à l'autorité administrative seule qu'il appartiendrait, en l'absence de toute loi contraire, de connaître des actions qui tendent à constituer l'État débiteur. Voy. décrets en Conseil d'État des 8 août 1844, Sir., 45, 2, 58 ; 9 décembre 1845, Sir., 46, 2, 156 ; 9 février 1847, Sir., 47, 2, 378 ; 20 août 1847, Sir., 48, 2, 172 ; 17 juillet 1860, Sir., 61, 2, 315 ; 1er juin 1861, Sir., 61, 2, 519.

[17] Décret en Conseil d'État du 7 mai 1863, Sir., 64, 2, 56.

[18] Toulouse, 1er juin 1827. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 375. Req. rej., 19 avril 1836, Sir., 37, 1, 163. Toulouse, 8 mai 1863, 63, 2, 231. Mais une commune n'est pas responsable des actes faits par son maire, comme magistrat de police, ou comme délégué de l'autorité centrale. Bordeaux, 18 mai 1841, Sir., 41, 2, 436. Voy. cep. Rouen, 23 mars 1864, Sir., 64, 2, 177.

[19] Sourdat, II, 911. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 9. Civ. cass., 28 juin 1841, Sir., 41, 1, 476. Lyon, 9 décembre 1854, Sir., 55, 2, 606. Aix, 13 mai 1865, Sir., 66, 2, 285. Voy. en sens contraire : Lyon, 29 décembre 1836, Sir., 38, 2, 70.

[20] Bordeaux, 12 août 1857, Sir., 57, 2, 758. Crim. rej., 24 novembre 1865. Sir., 66, 1, 181.

préposés dans l'exécution du travail auquel ils les ont employés[21].

Les maîtres et commettants ne sont pas admis à décliner la responsabilité à laquelle ils sont soumis, en offrant de prouver qu'ils ont été dans l'impossibilité d'empêcher le dommage[22].

Mais leur responsabilité ne s'applique qu'aux faits dommageables commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions auxquelles le domestique ou préposé a été employé[23], et ne s'étend pas aux délits ou quasi-délits qui n'ont aucun rapport à ces fonctions, par exemple, aux injures qu'un domestique peut avoir proférées, ou aux voies de fait qu'il peut avoir exercées, en dehors de son service[24].

Du reste, la responsabilité dont il s'agit n'est applicable qu'au cas où l'ouvrier ou préposé est censé remplacer celui qui l'a chargé d'un travail ou d'un service, et se trouve à son égard dans un rapport de dépendance. Elle ne pèse pas sur celui qui a confié à un entrepreneur, ou à un ouvrier d'une profession reconnue et déterminée, un travail ou un ouvrage étranger à sa propre condition[25].

[21] Sourdat, II, 612 et 913. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 9. Bourges, 15 juillet 1840, Dalloz, 1840, 2, 151. Lyon, 19 juillet 1853, Sir., 54, 2, 745.

[22] Arg. *a contrario*, art. 1384, al. 5. *Rapport au Tribunat* par Bertrand de Greuille (Locré, *Lég.*, XIII, p. 42, n° 14). Malleville, sur l'art. 1384. Toullier, XI, 283. Duranton, XIII, 724. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 3. Sourdat, II. 905 et 918. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 8. Colmet de Santerre, V, 365 *bis*, VII. Zachariæ, § 447, note 6, *in fine*. Civ. cass., 25 novembre 1813, Sir., 14, 1, 24. Crim. cass., 11 juin 1836, Sir., 37, 1, 452. Civ. cass., 11 mai 1846, Sir., 46, 1, 364. Amiens, 4 décembre 1846, Sir., 47, 2, 237. Paris, 15 août 1847, Sir., 47, 2, 483. Paris, 13 mai 1851, Sir., 51, 2, 359. Paris, 8 octobre 1856, Sir., 57, 2, 445. Crim. cass., 30 août 1860, Sir., 60, 1, 1013. Dijon, 23 avril 1869, Sir., 69, 2, 148.

[23] Cpr. Req. rej., 19 juillet 1826, Sir., 27, 1, 232 ; Orléans, 21 décembre 1854, Sir., 55, 2, 661 ; Paris, 8 octobre 1856, Sir., 57, 2, 445 ; Crim. cass., 30 août 1860, Sir., 60, 1, 1013 ; Limoges, 27 novembre 1868, Sir., 69, 2, 42.

[24] Merlin, *Rép.*, v° Délit, n° 9. Toullier, XI, 286 et suiv. Duranton, XIII, 724. Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n° 9. Zachariæ, § 447, note 6. Crim. cass., 6 juin 1811, Sir., 12, 1, 70. Req. rej., 5 juin 1861, Sir., 62, 1, 151, 924.

[25] Douai, 25 juin 1841, Sir., 42, 2, 49. Paris, 24 novembre 1842, Sir., 42, 2, 521. Paris, 15 avril 1847, Sir., 47, 2, 283. Crim. cass., 20 août 1847, Sir., 47, 1, 855. Orléans, 22 novembre 1847, Sir., 47, 1, 855, à la note. Crim. rej., 10 novembre 1859, Sir., 60, 1, 185. Lyon, 20 janvier 1863,

à moins qu'il ne s'en soit réservé la direction, ou simplement la surveillance, auquel cas l'entrepreneur ou l'ouvrier est à considérer comme le préposé de celui pour le compte duquel le travail ou l'ouvrage est exécuté[26].

3° Les instituteurs et les artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis, pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance, à moins qu'ils ne prouvent qu'il n'a pas été en leur pouvoir d'empêcher le fait qui a occasionné le dommage. Art. 1384, al. 4 et 5.

On ne doit, au point de vue dont il est ici question, considérer comme instituteurs, que les personnes qui, à un titre quelconque, sont chargées, d'une manière plus ou moins permanente, de l'éducation ou de la surveillance d'enfants ou de jeunes gens, et non celles dont les fonctions consistent seulement à donner des leçons durant une ou plusieurs heures de la journée[27].

4° Les dépositaires des registres de l'état civil sont civilement responsables des altérations qui y surviennent, sauf leurs recours, s'il y a lieu, contre les auteurs desdites altérations. Art. 51.

5° Les aubergistes et les hôteliers sont responsables des indemnités adjugées à ceux qui ont souffert quelque dommage, par suite d'un délit de Droit criminel commis par des personnes qu'ils ont logées pendant plus de vingt-quatre heures, sans avoir inscrit sur leurs registres les noms, professions et domiciles de ces personnes. Code pénal, art. 73.

6° Les gardes champêtres sont responsables des dommages causés aux champs, lorsqu'ils négligent de faire, dans les vingt-quatre heures, les rapports des délits. Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, sect. VII, art. 7.

7° En vertu de la loi du 10 vendémiaire an IV[28], les communes

Sir., 64, 2, 1. Req. rej., 17 mai 1865, Sir., 65, 1, 325. Douai, 26 décembre 1865, Sir., 66, 2, 123. Bourges, 23 janvier 1867, Sir, 67, 2, 110. Lyon, 25 février 1867, Sir., 67, 2, 353. Voy. cep. Paris, 20 mai 1862, Sir., 62, 2, 375.

[26] Paris, 30 janvier 1864, Sir., 64, 2, 3. Req. rej., 17 mai 1865, Sir., 65, 1, 327. Angers, 16 mars 1868, Sir., 68, 2, 315. Req. rej., 10 novembre 1868, Sir., 69, 1, 127.

[27] Colmar, 14 juin 1830, Sir., 30, 2, 334. Cpr. texte et notes 5 à 7, *supra*.

[28] Cpr. sur cette loi : Fœlix, *Dissertation*, insérée dans la *Revue de législation et de jurisprudence étrangère* de MM. Mittermaier et Zachariæ, VII, p. 26; Féraud-Giraud, *Dissertation*, *Revue de législation*, 1852, II, p. 322; Rendu, *Traité de la responsabilité des communes*; Sourdat, II, 1090 et suiv.

sont responsables des diverses espèces de dommages causés sur leurs territoires, ou par leurs habitants. Elles répondent notamment, envers les particuliers lésés, de tout dommage causé, avec violence ou à force ouverte[29], par des attroupements ou rassemblements, armés ou non armés. Titre IV, art. 1. Nous ne nous occuperons que de ce dernier cas de responsabilité, en nous bornant à renvoyer, pour les autres, aux titres IV et V de la loi précitée.

La commune sur le territoire de laquelle le dommage a eu lieu, en demeure responsable, alors même qu'il a été causé par des attroupements composés d'individus qui lui sont étrangers. Dans ce cas cependant, la commune est admise à se faire décharger de toute responsabilité, en prouvant qu'elle a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir à l'effet de prévenir le désordre et d'en faire connaître les auteurs[30]. Titre IV, art. 5.

Lorsque les dégâts ont été commis par des attroupements composés d'habitants de diverses communes, elles sont toutes solidairement responsables du dommage causé[31]. Titre IV, art. 3.

[29] Il peut y avoir force ouverte, alors même que l'attroupement n'a éprouvé aucune résistance. Civ. cass., 2 mai 1841, Sir., 42, 1, 566.

[30] Cette preuve ne serait pas relevante, si le dommage avait été causé par des attroupements composés, soit exclusivement d'habitants de la commune sur le territoire de laquelle il a eu lieu, soit d'habitants de cette commune et d'autres communes. C'est ce qui résulte de la lettre même de l'art. 5, qui n'admet l'excuse indiquée au texte, que pour le cas où le dommage a été causé par des rassemblements formés d'individus étrangers à la commune sur le territoire de laquelle les délits ont été commis. En vain a-t-on invoqué en sens contraire l'art. 8, qui, spécial au cas de responsabilité prévu par l'art. 7, est étranger à celui dont nous nous occupons. Rennes, 18 janvier 1834, Sir., 34, 2, 259. Paris, 22 novembre, 22 et 29 décembre 1834, Sir., 35, 2, 93, et suiv. Civ. rej., 24 juillet 1837, Sir., 37, 1, 657. Orléans, 8 février 1839, Sir., 39, 2, 285. Civ. rej., 5 mars 1839, Sir., 39, 1, 343. Montpellier, 16 mars 1840, Sir., 40, 2, 292. Orléans, 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693. Voy. en sens contraire : Agen, 30 novembre 1830, Sir., 31, 2, 272; Civ. cass., 6 avril 1836, Sir., 36, 1, 257; Req. rej., 11 mai 1836, Sir., 36, 1, 665; Bordeaux, 22 août 1839, Sir., 40, 2, 51; Chamb. réun. cass., 15 mai 1841, Sir., 41, 1, 373; Rouen, 29 juin 1842, Sir., 42, 2, 397.

[31] L'art. 3 du titre IV, tout en déclarant responsables les diverses communes dont les habitants ont pris part aux attroupements, ne les soumet pas textuellement, il est vrai, à la solidarité ; mais la solidarité est, pour les communes responsables, une conséquence forcée de celle qui pèse, en vertu de l'art. 55 du Code pénal, sur les auteurs et complices des délits dont la réparation est due.

Toutefois, les communes autres que celle sur le territoire de laquelle le dommage a eu lieu, peuvent se soustraire à toute responsabilité, en prouvant qu'elles ont fait ce qui était en leur pouvoir pour empêcher leurs habitants de se joindre à l'attroupement[32].

La proportion dans laquelle chacune des communes responsables doit, dans ses rapports avec les autres, contribuer à l'indemnité due à la partie lésée, se détermine, en première ligne, par la participation plus ou moins étendue de leurs habitants au dommage causé, et, s'il n'est pas possible de fixer d'après cette base la part contributive des diverses communes, cette part se règle d'après leur importance respective[33].

La loi du 10 vendémiaire an IV ne s'applique pas aux dommages causés à l'occasion de mouvements révolutionnaires, ayant pour but le renversement du gouvernement[34]. Mais les communes restent, même en temps de révolution, responsables des dévastations et pillages des propriétés particulières, commis en dehors de toute insurrection dirigée contre le gouvernement[35].

La restitution des objets pillés, qui ne pourrait avoir lieu en nature, et celle des objets mobiliers détruits et incendiés[36], doit

Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Riom, 14 juin 1843, Sir., 43, 2, 329. Riom, 19 décembre 1843, Sir., 44, 2, 151. Orléans, 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693. Voy. en sens contraire : Toulouse, 1er août 1835, Sir., 36, 2, 27.

[32] Cpr. Orléans, 14 août 1851, Sir., 51. 2, 772 ; Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97 ; Req. rej., 17 février 1852, Sir., 52, 1, 415.

[33] Cpr. Riom, 14 juin et 19 décembre 1843, Sir., 43, 2, 329, et 44, 2, 151 ; Orléans, 30 juin 1849 et 9 août 1850, Sir., 51, 2, 689 et 693; Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97; Req. rej., 17 février 1852, Sir., 52, 1, 415.

[34] Civ. cass., 6 avril 1836, Sir., 36, 1, 257. Req. rej., 11 mai 1836, Sir., 36, 1, 665. Paris, 9 juillet 1841, Sir., 41, 2, 558. Cpr. Civ. rej., 27 juin 1822, Sir., 22, 1, 428.— La loi du 10 vendémiaire an IV s'applique-t-elle à la ville de Paris ? Voy. pour l'affirmative : Paris, 22 novembre, 22 et 29 décembre 1834, Sir., 35, 2, 93, 96 et 97; Orléans, 8 février 1839, Sir., 39, 2, 286. Voy. pour la négative : Larombière, *op. cit.*, art. 1384, nº 29; Chamb. réun. cass., 15 mai 1841, Sir., 41, 1, 373; Paris, 9 juillet 1841, Sir., 41, 2, 658; Rouen, 22 juin 1842, Sir., 42, 2, 397; Chamb. réun. cass., 18 décembre 1843, Sir., 44, 1, 350.

[35] Larombière, *op. et loc. citt.* Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Req. rej., 14 janvier 1852, Sir., 52, 1, 97.

[36] Quoique l'art. 1er du titre V de la loi du 10 vendémiaire an IV ne parle textuellement que des objets pillés ou enlevés par force, il est évident que sa

se faire sur le pied du double de leur valeur, sans préjudice des dommages-intérêts, qui, de quelque manière que la restitution se fasse, ne peuvent jamais être inférieurs à la valeur entière desdits objets[37]. Titre V, art. 1 et 6.

Les réparations et indemnités dues à la partie lésée ne sont point à la charge de la caisse municipale. L'avance doit en être faite par les vingt plus fort contribuables de la commune. Les sommes avancées sont ensuite réparties entre tous les habitants, proportionnellement à leurs facultés, sauf le recours de ceux qui n'auraient pris aucune part aux délits, contre ceux qui en seraient les auteurs ou les complices. Titre V, art. 8 et 9, et titre IV, art. 4.

La responsabilité prononcée contre les personnes indiquées dans les sept numéros ci-dessus a lieu, même pour le dommage qui résulterait d'actes non imputables à leurs auteurs, par exemple, de faits commis par un insensé ou par un enfant[38].

Elle s'applique, non-seulement aux restitutions, indemnités et frais adjugés à la partie lésée; elle porte même, lorsqu'il s'agit d'un délit de Droit criminel, sur les frais de poursuite dus au Trésor[39]. Toutefois elle ne s'étend pas, du moins en général[40],

disposition est applicable toutes les fois qu'il s'agit d'objets mobiliers qui, par quelque cause que ce soit, ne peuvent être représentés en nature. Req. rej., 4 décembre 1827, Sir., 28, 1, 206. Civ. cass., 13 avril 1842, Sir., 42, 1, 293. Colmar, 20 décembre 1854, Sir., 54, 2, 760.

[37] Civ. cass., 1er juillet 1822, Sir., 22, 1, 352. Civ. rej., 24 juillet 1837. Sir., 37, 1, 657. Req. rej., 17 juillet 1838, Sir., 38, 1, 627. Civ. cass.. 13 avril 1842, Sir., 42, 1, 693.

[38] Duranton, VII, 367 ; XIII, 717 et 719. Marcadé, sur l'art. 1384, n° 4. Sourdat, II, 824 et suiv. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 44. Zachariæ. § 447, note 4. Caen, 2 décembre 1853, Sir., 54, 2, 385. Voy. cep. Toullier, XI, 270.

[39] Merlin, *Rép.*, v° Responsabilité civile des délits. Toullier, XI, 276. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 37. Crim. cass., 14 juillet 1814, Sir., 14. 1, 275. Crim. cass., 18 avril 1828, Sir., 28, 1, 384. Crim. cass., 4 février 1830, Sir., 30, 1, 243. Crim. cass., 26 mai 1836, Dalloz, 1836, 1, 295. Voy. cep. Crim. rej., 15 juin 1832, Dalloz, 1832, 1, 397.

[40] En matières de délits de douanes, de contributions indirectes et de pêche côtière, la responsabilité civile s'étend aux amendes. Loi du 22 août 1791, titre XIII, art. 20. Décret du 1er germinal an XIII, art. 35. Décret du 9 janvier 1852, art. 12. Crim. cass., 12 mars 1842, Sir., 42, 1, 465.— Voy. aussi, quant à l'amende de 500 fr. prononcée par la loi du 15 ventôse an XIII, sur l'indemnité due aux maîtres de poste : Crim. rej., 20 décembre 1834, Dalloz, 1835, 1, 247.— Mais, en matière de délits forestiers, de pêche fluviale et de

aux amendes prononcées à raison d'un délit[41], ni, en aucun cas, au paiement de la valeur des objets soumis à confiscation, qui ne seraient pas représentés [42].

La partie lésée, qui est admise à former l'action naissant de la responsabilité civile, accessoirement à l'action principale en dommages-intérêts, et, partant, à la porter, le cas échéant, devant les tribunaux de répression [43], peut aussi poursuivre directement, devant les tribunaux civils, les personnes civilement responsables, sans être tenue de mettre en cause les auteurs du fait dommageable [44].

Les condamnations prononcées en vertu de la responsabilité civile n'entraînent pas, de plein droit, contrainte par corps, alors même que cette responsabilité se trouve engagée à raison d'un fait incriminé par la loi pénale [45]. La contrainte par corps ne pourrait

chasse, la règle générale reprend son empire. Code forestier, art. 206. Loi sur la pêche fluviale du 15 avril 1829, art. 74. Loi sur la police de la chasse du 3 mai 1844, art. 28.

[41] Merlin, *op. et v° citt.* Toullier, XI, 290. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 38. Crim. cass., 14 juillet 1814, Sir., 14, 1, 275. Crim. cass., 14 janvier 1819, Sir., 24, 1, 422. Crim. cass., 8 août 1823, Sir., 24, 1, 423. Crim. cass., 30 juillet 1825, Sir., 25, 1, 366. Crim. cass., 15 décembre 1827, Sir., 28, 1, 216. Crim. cass., 5 novembre 1829, Sir., 30, 1, 30. Crim. cass., 9 juin 1832, Sir., 32, 1, 744. Crim. cass., 28 septembre 1838, Sir., 39, 1, 445. Crim. cass., 11 août 1848, Sir., 48, 1, 739. Crim. cass., 24 mars 1855, Sir., 55, 1, 609.

[42] Grenoble, 6 février 1850, Sir., 50, 2, 230. Crim. rej., 6 juin 1850, Sir., 50, 1, 815. Voy. en sens contraire : Grenoble, 20 décembre 1848, Sir., 49, 1, 665; Grenoble, 8 mars 1849, Sir., 59, 2, 229.

[43] Lesellyer, *Droit criminel*, II, 721. Larombière, *op. cit.*, V, n° 32. Cour d'assises du Haut-Rhin, 25 février 1831, Sir., 31, 2, 279. Crim. rej., 18 juin 1847, Sir., 47, 1, 783. Crim. rej., 25 février 1848, Sir., 48, 1, 415. — Mais l'action en responsabilité ne pourrait être soumise à un tribunal de justice répressive qui ne serait pas saisi d'une poursuite contre l'auteur du délit. Mangin, I, 34. Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n° 35. Crim. rej., 29 avril 1843, Sir., 43, 1, 923. Voy. cep. quant à certaines contraventions de police : Crim. rej., 24 mars 1848, Sir., 49, 1, 384.

[44] Sourdat, II, 805. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 34. Req. rej., 19 février 1866, Sir., 66, 1, 214.

[45] Proudhon, *De l'usufruit*, III, 1535. Troplong, *De la contrainte par corps*, n° 624. Coin-Delisle, *De la contrainte par corps*, p. 112, n° 3. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 41. Crim. rej., 11 février 1843, Sir., 43, 1, 663. Crim. cass., 18 mai 1843, Sir., 43, 1, 743. Crim. cass., 3 juin 1843, Sir., 43, 1, 937.

plus même, aujourd'hui comme autrefois, être décernée par application du n° 1 de l'art. 126 du Code de procédure. Loi du 22 juillet 1867, art. 1.

L'obligation de réparation imposée aux personnes civilement responsables, ne dégage pas les auteurs des faits qui ont occasionné le dommage. Ces derniers peuvent donc, si ces faits leur sont moralement imputables, être actionnés directement par la partie lésée. Ils peuvent aussi, dans cette supposition, être recherchés en garantie par les personnes civilement responsables [46].

La prescription de l'action en responsabilité est soumise aux règles développées au § 445. Cette action ne se prescrit donc que par trente ans, lorsque la responsabilité est relative à des faits non incriminés par la loi pénale. Elle se prescrit, au contraire, par le même laps de temps que l'action publique, s'il s'agit d'un délit de Droit criminel [47]. Cette dernière proposition s'applique notamment à l'action en responsabilité dirigée contre une commune, en vertu des dispositions, ci-dessus analysées, de la loi du 10 vendémiaire an IV [48].

Du reste, les dispositions de la loi qui déclarent certaines personnes responsables des faits d'autrui, reposant sur une présomption légale de faute, et formant, par cela même, autant d'exceptions au Droit commun, ne sont pas, en principe, susceptibles d'être étendues par voie d'analogie.

Ainsi, le mari n'est pas, en général, responsable du dommage causé par sa femme [49].

[46] Cpr. Toullier, XI, 271; Duranton, XIII, 722 et 725; Larombière, *op. cit.*, art. 1384, n°s 31 et 43; Zachariæ, § 447, texte et note 10.

[47] Toullier, XI, 292. Vazeille, *Des prescriptions*, II, 594. Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, I, 299. Chassan, *Délits de la parole et de la presse*, II, 1368. Sourdat, II, 809. Crim. rej., 2 août 1828, Sir., 28, 1, 398. Civ., cass., 3 août 1841, Sir., 41, 1, 753. Colmar, 8 mai 1863, Sir., 63, 2, 101. Aix, 9 juin 1864, Sir., 64, 2, 196. Req. rej., 13 mai 1868, Sir., 68, 1, 356.

[48] Angers, 13 juillet 1850, Sir., 50, 2, 422. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 51, 2, 433. Civ. rej., 14 mars 1853, Sir., 53, 1, 342. Civ. cass., 6 mars 1855, Sir., 55, 1, 333. Cpr. Req. rej., 25 février 1855, Sir., 55, 1, 330.

[49] Merlin, *Rép.*, v° Délit, § 8; *Quest.*, v° Mari, § 1. Toullier, XI, 279. Duranton, XIII, 720. Chauveau et Faustin-Hélie, *Théorie du Code pénal*, II, p. 296. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 7. Colmet de Santerre, V, 365 *bis*, V. Zachariæ, § 447, texte et note 11. Crim. cass., 16 juin 1811, Sir., 12, 1, 70. Crim. cass., 6 juin 1811, Sir., 21, 1, 212. Crim. cass., 13 mai 1813, Sir., 13, 1, 365. Crim. cass., 18 novembre 1824, Sir., 25, 1, 110. Crim. cass.,

Réciproquement, la femme d'un insensé n'est pas responsable des actes dommageables de son mari, au seul titre d'épouse, c'est-à-dire à supposer que ce dernier ne se trouve point placé sous sa tutelle, et qu'aucune faute ne lui soit personnellement imputable[50].

La même solution doit, dans des suppositions analogues, être appliquée aux père et mère d'un insensé majeur qui n'habite pas avec eux[51].

Ainsi encore, le bailleur n'est pas responsable des dommages que, par des faits commis sans son autorisation, le preneur peut avoir occasionnés à des tiers[2].

De même, le propriétaire d'un bâtiment, qui a chargé un entrepreneur d'y exécuter des travaux de réparation, n'est pas responsable, envers ses locataires, des dommages qu'ils peuvent avoir éprouvés par suite d'un incendie occasionné par la faute des ouvriers de cet entrepreneur[53]. Il ne répondrait pas davantage du dommage que l'un de ces ouvriers aurait causé à un autre[54].

Enfin, les habitants d'une maison ne sont pas, en cette seule qualité, responsables des dommages causés aux passants par des objets jetés ou répandus de l'intérieur de la maison[55].

20 janvier 1825, Sir., 25, 1, 276. Cpr. cep., Toullier, XI, 280; Req. rej., 23 décembre 1818, Sir., 19, 1, 378; Req. rej., 27 février 1827, Sir., 27, 1, 228.— La loi du 6 octobre 1791, tit. II, art. 27, le Code forestier, art. 206, la loi du 15 avril 1829, sur la pêche fluviale, art. 74, et le décret du 9 janvier 1852, sur la pêche côtière, art. 12, déclarent les maris civilement responsables des contraventions de police rurale et des délits forestiers ou de pêche commis par leurs femmes.

50 Le fait seul de la part de la femme de n'avoir pas provoqué l'interdiction ou la séquestration de son mari, ne constitue pas nécessairement une faute. Merlin, *Rép.*, v° Femme, n° 11. Sourdat, II, 828 et 867. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 7. Civ. cass., 26 juin 1806, Sir., 6, 1, 356. Aix, 7 décembre 1866, Sir., 67, 2, 263.

51 Agen, 9 novembre 1864, Sir., 65, 2, 230. Req. rej., 14 mai 1866, Sir., 66, 1, 237. Cpr. Caen, 2 décembre 1853, Sir., 54, 2, 385.

52 Sourdat, II, 895. Req. rej., 12 juin 1855, Sir., 55, 1, 710. Dijon, 7 août 1868, Sir., 68, 2, 315. Cpr. Toulouse, 5 avril 1866, Sir., 65, 2, 205.

53 Paris, 15 avril 1847, Sir., 47, 2, 283.

54 Paris, 24 novembre 1842, Sir., 42, 2, 621. Voy. aussi : Bordeaux, 15 juillet 1845, Sir., 47, 2, 537.

55 L'action *de effusis et dejectis*, admise en Droit romain, rentrait dans les cas de responsabilité de faits d'autrui : d'une part, en ce qu'elle était ouverte contre la personne qui occupait, comme propriétaire ou comme locataire, l'appartement

§ 448.

b. De la responsabilité du dommage causé par des animaux, ou par la ruine d'un bâtiment.

1° Le propriétaire d'un animal est responsable du dommage qu'il a causé. La même responsabilité pèse sur la personne à laquelle un animal a été remis pour s'en servir. Art. 1385. Elle incombe donc à l'usufruitier, à l'usager, et même au locataire, ou au commodataire.

Il n'y a pas, pour l'application de cette responsabilité, de distinction à faire entre les animaux domestiques [1] et les animaux sauvages. C'est ainsi que le propriétaire d'une ménagerie, d'un colombier, d'un rucher, d'une garenne ou d'un parc, est responsable

d'où était tombé l'objet qui, par sa chute, avait causé dommage à un passant, sans qu'il fût besoin de prouver que cet objet avait été jeté par cette personne, ou par quelqu'un des siens ; et, d'autre part, en ce que, si l'appartement se trouvait occupé par plusieurs personnes, elles étaient toutes solidairement responsables du dommage. Les art. 16 et 17 de la première rédaction du projet du titre sur *les engagements qui se forment sans convention*, avaient reproduit les mêmes principes ; mais ils furent rayés sur l'observation de M. Miot, que l'énonciation de la règle générale posée par l'art. 15 suffisait, et que les exemples devaient être retranchés. Voy. Locré, *Lég.*, XIII, p. 19, n° 12. Malgré l'inexactitude de cette observation, on n'en doit pas moins tenir pour certain que celui qui a été lésée par la chute d'un objet jeté d'une maison, n'a pas l'action *de effusis et dejectis*, telle qu'elle existait en Droit romain, et qu'il ne peut agir que contre l'auteur personnel du jet, ou contre ceux qui, aux termes de l'art. 1384, sont responsables des actes de ce dernier. Toullier, XI, 150. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1384, n° 30. Zachariæ, § 446, note 3. — Delvincourt (III, p. 683) enseigne cependant le contraire, en se fondant sur l'art. 1734 : mais l'argument qu'il tire de cet article, est vicieux sous plus d'un rapport.

[1] Voy. sur la mise en fourrière des bestiaux qui, laissés à l'abandon, font des dégâts sur les propriétés d'autrui : Loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. II, art. 12, al. 1 et 2. — Voy. aussi le troisième alinéa du même article, qui donne au propriétaire ou fermier, le droit de tuer sur place, au moment du dégât, les volailles qui causent des dommages aux terres qu'il cultive. Cpr. sur l'étendue de ce droit : Crim. cass., 28 juillet 1855, Sir., 55, 1, 862 ; Crim. rej., 7 mai 1868, Sir., 69, 1, 186 ; Crim. rej., 26 décembre 1868, Sir., 69, 1, 285. Ce droit n'enlève pas au propriétaire ou fermier lésé, celui de demander la réparation du dommage causé. Merlin, *Rép.*, v° Volailles, n° 1. Toullier, XI, 301. Larombière, *op. cit.*, art. 1385, n° 5. Crim. cass., 11 août 1808. *Rép.* de Merlin, *loc. cit.*

du dommage causé par ses bêtes féroces, ses pigeons[2], ses abeilles en troupe[3], ses lapins[4], ou le gibier de son parc[5].

Mais le propriétaire d'un bois dans lequel se sont établis des lapins, des lièvres, des sangliers, ou autres espèces de gibier, n'est pas, en vertu de l'art. 1385, responsable des dégâts qu'ils ont occasionnés, si d'ailleurs il n'a rien fait pour les y attirer et pour les y maintenir[6]. Seulement, pourrait-il être recherché en dommages-intérêts, par application des art. 1382 et 1383, si, pour se ménager le plaisir de la chasse, ou par négligence, il avait laissé le gibier se multiplier au point de devenir nuisible aux terres voisines, et surtout s'il avait refusé aux possesseurs de ces terres, la permission de le détruire[7]. Il en serait de même, au cas de location ou de cession du droit de chasse, du locataire ou cessionnaire de ce droit.

[2] Il est indifférent qu'il ait été pris ou non un arrêté pour la fermeture des colombiers, et que le dommage ait été causé pendant ou après le temps fixé pour cette fermeture. Toullier, XI, 303. Villequez, *Du droit de destruction des animaux malfaisants ou nuisibles*, n° 88.

[3] Bouniceau-Gesmon, *Dissertation sur la responsabilité des dommages causés par des abeilles*, *Revue pratique*, 1869, XXVII, p. 417. Limoges, 5 décembre 1860, Sir., 61, 2, 9.

[4] Peu importe que la garenne soit ouverte ou fermée. Le propriétaire d'un terrain, clos ou non clos, disposé pour y nourrir et y entretenir des lapins, est, d'après les art. 524 et 564, propriétaire de ceux qui s'y retirent, et, par conséquent, responsable des dégâts qu'ils causent. Toullier, XI, 307 à 315. Req. rej., 22 mars 1837, Sir., 37, 1, 298. Req. rej., 23 décembre 1846, Sir., 47. 1, 288. Req. rej., 7 mars 1849, Sir., 49, 1, 657.

[5] Cpr. § 164, texte n° 2, et note 51.

[6] Dans de pareilles circonstances, le gibier ne saurait être considéré comme appartenant au propriétaire du terrain sur lequel il se trouve, ou comme étant en sa possession et sous sa garde. Merlin, *Rép.*, v° Gibier, § 8 ; *Quest.*, *eod. v°*, §§ 1 et 2. Toullier, *loc. cit.* Marcadé, sur les art. 1385 et 1386, n° 1. Larombière, *op. cit.*, art. 1385, n° 12. Zachariæ, § 448, note 3, *in fine*. Req. rej., 13 janvier 1829, Sir., 34, 1, 812. Req. rej., 19 juillet 1859, Sir., 61, 1, 234. Civ. cass., 4 décembre 1867, Sir., 68, 1, 16.

[7] Merlin, Toullier et Larombière, *opp. et locc. citt.* Voy. spécialement, quant aux lapins : Req. rej., 3 janvier 1810, Sir., 11, 1, 109 ; Req. rej., 14 septembre 1816, Sir., 17, 1, 377 ; Req. rej., 2 janvier 1839, Sir., 39, 1, 26 ; Req. rej., 31 décembre 1844, Sir., 45, 1, 360 ; Req. rej., 7 novembre 1849, Sir., 50, 1, 57 ; Req. rej., 10 juin 1863, Sir., 63, 1, 462. Voy. spécialement, en ce qui concerne les sangliers : Req. rej., 17 février 1864, Sir., 64, 1, 109; Req. rej., 30 mai 1869, Sir., 69, 1, 463. Voy. sur le gibier en général : Req. rej., 24 juillet 1860, Sir., 60, 1, 715; Civ. rej., 25 novembre 1862, Sir., 63, 1, 75.

D'un autre côté, il importe peu, pour l'application de la responsabilité établie par l'art. 1385, que l'animal fût, au moment où il a causé le dommage, sous la garde du maître ou de ses gens, ou qu'il fût égaré ou échappé, et qu'il ait occasionné ce dommage en suivant son instinct, ou en s'écartant des habitudes naturelles de son espèce [8].

La responsabilité cesse dans le cas où le dommage que l'animal a causé, n'a eu lieu que par suite d'un événement de force majeure, ou d'une faute imputable à celui qui l'a éprouvée [9]. Mais le maître de l'animal, ou celui qui s'en sert, ne serait pas admis à décliner la responsabilité qui lui incombe, en offrant simplement de prouver qu'il ne s'est rendu coupable d'aucune faute, et qu'il a fait tout ce qui lui était possible pour empêcher le dommage [10].

Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, ne peut se soustraire à l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé en offrant d'abandonner cet animal [11].

La responsabilité du dommage causé par un animal ne pesant que d'une manière alternative sur le maître de cet animal ou sur la personne qui s'en sert, on doit, en général, admettre que la partie lésée ne peut, même au cas d'insolvabilité de celui qui a l'usage

[8] Toullier, XI, 297. Larombière, *op. cit.*, art. 1385, n° 13. Zachariæ, § 448, texte et note 1re. Paris, 24 mai 1810, Sir., 11, 2, 23.

[9] Toullier, XI, 316 et suiv. Larombière, *op. cit.*, art. 1385, n° 6. Zachariæ, § 448, texte et note 5. Toulouse, 5 avril 1865, Sir., 65, 2, 205. — Ce n'est point une faute ou une imprudence, que de chercher à arrêter ou à maîtriser un animal furieux ou échappé. Metz, 6 août 1851, 29 janvier 1862 et 19 février 1863. Sir., 63, 2, 123. Douai, 12 novembre 1864, Sir., 65, 2, 76. Paris, 21 juillet 1866, Sir., 67, 2, 220.

[10] Marcadé, sur l'art. 1385, n° 1. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1385, n° 9. Douai, 12 novembre 1864, Sir., 65, 2, 76. Voy. en sens contraire : Sourdat, II, 1101 : Colmet de Santerre, V, 366 *bis*, II. Cpr. aussi : Montpellier, 23 juillet 1866, Sir., 67, 2, 220. Cette dernière opinion se réfute par la considération que la responsabilité prononcée par l'art. 1385 est absolue, et que, si elle repose sur une présomption de faute, cette présomption analogue à celle qui sert de base à l'art. 1733, ne peut fléchir que devant la preuve d'un cas fortuit, ou d'une faute imputable à celui qui a éprouvé le dommage.

[11] D'après le Droit romain, dont plusieurs coutumes avaient, sous ce rapport, adopté les dispositions, le propriétaire d'un animal qui avait causé du dommage, pouvait, dans certains cas, offrir d'abandonner l'animal pour toute réparation. Il est généralement reconnu que cette faculté n'existe plus. Merlin, *Rép.*, v° Quasi-délit, n° 9. Toullier, XI, 298. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1385, n° 14. Zachariæ, § 448, texte et note 4.

de l'animal, exercer son action en réparation contre celui qui en est propriétaire[12]; et que, d'un autre côté, le premier ne jouit contre le second d'aucun recours en garantie. Il en serait autrement cependant, sous l'un et l'autre de ces rapports, si, un animal étant sous la garde d'une personne qui n'avait sur lui qu'un droit personnel d'usage ou de jouissance, le dommage causé se trouvait être le résultat des vices de cet animal[13].

2° Le propriétaire d'un bâtiment est responsable, envers les voisins et les passants[14], du dommage que peut leur avoir causé la ruine de ce bâtiment, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien, ou par le vice de sa construction, sauf, dans ce dernier cas, son recours, s'il y a lieu, contre l'architecte ou l'entrepreneur. Art. 1386.

La responsabilité dont s'agit pèse sur le propriétaire, alors même que le bâtiment est soumis à un droit d'usufruit, sauf le recours de ce dernier contre l'usufruitier, dans le cas où il parviendrait à établir que la ruine est la suite du défaut de réparations usufructuaires, et dans celui où l'usufruitier, connaissant le danger de ruine, aurait négligé de l'en avertir[15].

La disposition de l'art. 1386 est étrangère à l'hypothèse où la ruine du bâtiment est arrivée dans le cours de sa construction ou reconstruction[16]. Mais si le propriétaire avait lui-même dirigé les travaux, ou si, après les avoir confiés à un entrepreneur ou à un

[12] L'art. 12, tit. II, de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, statue en sens contraire pour les dégâts causés dans les champs ; mais nous ne pensons pas que cette disposition puisse être étendue, par voie d'analogie, à des dommages d'une autre nature. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1385, n° 1.

[13] Sous cette double condition, l'action en réparation, formée contre le maître de l'animal, trouverait sa justification dans les art. 1382 et 1383 ; et le recours en garantie dirigé contre lui dans les art. 1721 et 1891. Cpr. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1385, n° 2.

[14] Le propriétaire d'un bâtiment loué ou soumis à un usufruit, dont la chute aurait causé dommage au locataire ou à l'usufruitier, pourrait, le cas échéant, être également responsable envers ces derniers. Mais cette responsabilité, d'une nature contractuelle, et dont les effets se déterminent d'après les règles relatives aux conventions intervenues entre les parties, est étrangère à la théorie de la responsabilité, purement légale, dont nous nous occupons actuellement. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1386, n° 3.

[15] Toullier, XI, 317. Larombière, *op. cit.*, V, art. 1386, n° 2. Cpr. Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1724.

[16] Lyon, 20 janvier 1863, Sir., 64, 2, 1. Voy. cep. Delvincourt, III, p. 452 ; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1386, n° 3 ; Zachariæ, § 448, note 9.

architecte, il s'en était réservé la surveillance, il pourrait être déclaré responsable du dommage que sa ruine a causé, par application, soit des art. 1382 et 1383, soit de l'art. 1384.

Le propriétaire d'un héritage contigu à un bâtiment, n'a pas le droit, sous prétexte que ce bâtiment menace ruine, de demander à celui auquel il appartient, une caution pour le dommage éventuel que pourra causer sa chute [17]. Il n'est pas davantage admis à l'actionner pour le faire condamner, soit à réparer, soit à démolir l'édifice [18].

[17] La caution *damni infecti* du Droit romain, dont le but était de procurer au voisin menacé, une action en réparation du dommage que pourrait lui causer la chute du bâtiment, n'aurait plus d'objet en Droit français, puisque l'art. 1385 lui accorde de plein droit une action en dommages-intérêts pour la réparation de ce dommage. Cpr. L. 6, D. *de dam. inf.* (39, 2). Voy. cep. Loi du 21 avril, 1810, sur les mines, art. 15.

[18] Cette action qu'autorisait notre ancien Droit, nous paraît implicitement repoussée par l'art. 1386, qui ne la rappelle pas, et qui se borne à ouvrir une action en réparation du dommage déjà causé. C'est d'ailleurs ce qui résulte formellement des explications données par Bertrand de Greuille, dans son *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 43, n° 16). Les rédacteurs du Code ont pu craindre que l'admission, en cette matière, d'une action préventive, ne donnât lieu à des contestations trop fréquentes, souvent vexatoires, et d'une solution plus ou moins arbitraire. Ils paraissent, d'un autre côté, avoir été déterminés par la considération que les intérêts des voisins, comme ceux du public en général, se trouvaient suffisamment garantis par la surveillance de la police, et par le pouvoir accordé à l'administration d'ordonner la réparation ou la démolition des édifices menaçant ruine. Voy. Code pénal, art. 471, n° 5. Duranton, XIII, 729. Sirey, *Dissertation*, Sir., 25, 2, 290. Devilleneuve et Carette, *Dissertation, Coll. nouv.*, VIII, 2, 50. Zachariæ, § 448, note 9. Bruxelles, 17 mars 1825, Sir., 25, 2, 239. Cpr. Angers, 9 février 1849, Sir., 49, 2, 277; Crim. cass., 14 août 1845, Sir., 46, 1, 32. Voy. en sens contraire : Maleville, III, p. 192 : Henrion de Pansey, *Compétence des juges de paix*, chap. 38 ; Merlin, *Rép.*, v° Bâtiment, n° 3 ; Larombière, *op. cit.*, V, art. 1386, n° 8. Cpr. aussi: Rennes, 23 mars 1843, Sir., 44, 2, 204. — Du reste, il ne faut pas confondre l'hypothèse dont il est actuellement question, avec celle où le propriétaire d'un héritage se trouverait exposé à un dommage éventuel, par le fait de constructions ou de travaux entrepris sur un fonds voisin. Un pareil fait, qui constituerait un usage abusif du droit de propriété, autoriserait l'introduction d'une action possessoire ou pétitoire, tendant à prévenir le dommage qui pourrait résulter de ces constructions ou de ces travaux. Voy. § 198, texte, notes 3 et 4 ; § 746.

FIN DU QUATRIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE QUATRIÈME VOLUME.

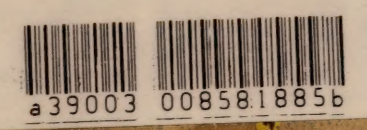
DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS.

SUITE DE LA SECONDE PARTIE. — LIVRE PREMIER.

FIN DE LA TABLE DU QUATRIÈME VOLUME.

Paris. — Imprimerie de J. DUMAINE, rue Christine, 2.


BIBLIOTHECA


a39003 008581885b

